

SONDERDRUCK AUS:

AUFSTIEG UND NIEDERGANG DER RÖMISCHEN WELT

GESCHICHTE UND KULTUR ROMS
IM SPIEGEL DER NEUEREN FORSCHUNG

HERAUSGEGEBEN

VON

HILDEGARD TEMPORINI

UND

WOLFGANG HAASE

II

PRINCIPAT

VIERZEHNTER BAND

HERAUSGEGEBEN VON H. TEMPORINI



WALTER DE GRUYTER · BERLIN · NEW YORK

1982

AUFSTIEG UND NIEDERGANG DER RÖMISCHEN WELT

Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung

Herausgegeben von

Hildegard Temporini und Wolfgang Haase

3 Teile in mehreren Einzelbänden und Gesamtregister.

Lexikon Oktav. Ganzleinen

Teil I:

Von den Anfängen Roms bis zum Ausgang der Republik

Herausgegeben von H. Temporini

Band 1: Politische Geschichte. XX, 997 S. 1972.
DM 220,—

Band 2: Recht; Religion; Sprache und Literatur (bis zum Ende des 2. Jh. v. Chr.). XII, 1259 S. 1972.
DM 310,—

Band 3: Sprache und Literatur (1. Jh. v. Chr.). X, 901 S. 1973. DM 200,—

Band 4: Philosophie und Wissenschaften; Künste, Text- und Tafelbd. Textbd.: XII, 997 S. Tafelbd.: IV, 266 S. mit 361 Abb. 1973. DM 340,—

Teil II:

Principat

Herausgegeben von H. Temporini und W. Haase

Band 1: Politische Geschichte (Allgemeines). XII, 1144 S. 1974. DM 340,—

Band 2: Politische Geschichte (Kaisergeschichte). XII, 1061 S. 1975. DM 360,—

Band 3: Politische Geschichte (Provinzen und Randvölker: Allgemeines; Britannien, Hispanien, Gallien). XII, 1060 S. 1975. DM 440,—

Band 4: Politische Geschichte (Provinzen und Randvölker: Gallien [Forts.], Germanien). X, 870 S. 1975. DM 380,—

Band 5: Politische Geschichte (Provinzen und Randvölker: Germanien [Forts.], Alpenprokuraturen, Raetien). 2 Halbbände.
1: VII, S. 1–600. 1976. DM 275,—
2: S. 601–1265. 1976. DM 310,—

Band 6: Politische Geschichte (Provinzen und Randvölker: Lateinischer Donau-Balkanraum). X, 1100 S. 1977. DM 460,—

Band 7: Politische Geschichte (Provinzen und Randvölker: Griechischer Balkanraum; Kleinasien). 2 Halbbände.
1: IX, S. 1–591. 1979. DM 270,—
2: S. 592–1384. 1980. DM 380,—

Band 8: Politische Geschichte (Provinzen und Randvölker: Syrien, Palästina, Arabien). X, 939 S. 1977. DM 460,—

Band 9: Politische Geschichte (Provinzen und Randvölker: Mesopotamien, Armenien, Iran, Südarabien, Rom und der Ferne Osten). 2 Halbbände.
1: X, S. 1–544. 1976. DM 240,—
2: S. 545–1380. 1978. DM 360,—

Band 12: Künste. 3 Teilbände.
1: ca. 800 Seiten. 1982. (im Druck)

Band 13: Recht (Normen, Verbreitung, Materien) X, 844 S. 1980. DM 380,—

Band 14: Recht (Materien [Forts.]) VI, 1058 S. 1982. DM 480,—

Band 15: Recht (Methoden, Schulen, einzelne Juristen). XII, 789 S. 1976. DM 268,—

Band 16: Religion (Heidentum: Römische Religion, Allgemeines). 3 Teilbände.
1: XII, S. 1–832. 1978. DM 375,—
2: VIII, S. 833–1773. 1979. DM 420,—
3: S. 1773 – ca. 2300. (in Vorbereitung).

Band 17: Religion (Heidentum: Römische Götterkulte, Orientalische Kulte in der römischen Welt). 3 Teilbände.
1: XII, S. 1–558. 1981. DM 280,—
2: S. 561–1255. 1981. DM 360,—
3: ca. S. 1257–1900. (in Vorbereitung)

Band 19: Religion (Judentum: Allgemeines; Palästinisches Judentum). 2 Halbbände.
1: XV, 875 S. 1979. DM 380,—
2: VI, 688 S. 1979. DM 275,—

Band 23: Religion (Vorkonstantinisches Christentum: Verhältnis zu römischem Staat und heidnischer Religion). 2 Halbbände.
1: X, S. 1–868. 1979. DM 360,—
2: S. 869–1557. 1980. DM 298,—

Band 31: Sprache und Literatur (Literatur der augusteischen Zeit: Einzelne Autoren, Forts. [Vergil, Horaz, Ovid]). 4 Teilbände.
1: X, S. 1–706. 1980. DM 295,—
2: VIII, S. 707–1399. 1981. DM 295,—

Verantwortung und Gefahrtragung bei der *locatio conductio* zur Zeit des Prinzipats

VON IMRE MOLNÁR, Szeged

Inhalt

I. Einleitung	583
II. Die Verantwortung bei der <i>locatio conductio</i>	587
1. Die Verantwortung bei der <i>locatio conductio operis</i>	587
2. Die Verantwortung im Falle der <i>locatio conductio operarum</i>	611
3. Die Verantwortung bei der <i>locatio conductio rei</i>	620
4. Zusammenfassung	639
III. Die Gefahrtragung bei der <i>locatio conductio</i>	640
1. Die Gefahrtragung beim Dienstvertrag	640
2. Die Gefahrtragung beim Werkvertrag	651
3. Der Zinsnachlaß und die Gefahrtragung bei der Sachmiete und beim Pachtvertrag	660
4. Zusammenfassung	679

Einleitung

Unsere Abhandlung hat einen doppelten Zweck: Sie will a) untersuchen, wie sich die Verantwortung der Subjekte der *locatio conductio* in der Periode des Prinzipats gestaltet, und b) analysieren, wem unter den Subjekten des Vertrags die sog. Gefahrtragung im römischen Recht zugefallen ist. Unsere Untersuchungen werden zunächst darauf gerichtet sein, die Regeln der *l.c.* im Zeitalter des Prinzipats zu klären. Mit Rücksicht jedoch darauf, daß die Werke der Rechtsgelehrten der klassischen Periode mit nachklassischen Glossen, mit den Abkürzungen und Kontraktionen der Kompilatoren vollkommen durchwoben sind, können wir nicht umhin, auch das justinianische Recht zu berühren. Unserem Plan zufolge wird die justinianische Regelung, wenn möglich, natürlich über-
gangen.

Abkürzungen:

- | | |
|------|---|
| ANRW | — Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, hrsg. v. H. TEMPORINI—
W. HAASE (Berlin—New York, 1972 ff.). |
| BIDR | — Bollettino dell' Istituto di Diritto Romano (Milano). |

Ohne auf die grenzenlose rechtstheoretische Auseinandersetzung über die Einheit oder Mehrheit der *l.c.* einzugehen¹, wollen wir vorangehend bemerken, daß die Exegese der Quellen nur getrennt möglich ist. Es ergeben sich nämlich bezüglich der Gefahrtragung z. B. ganz andere Probleme, je danach, ob *l.c. rei* oder aber *l.c. operarum* vorliegt. Damit wollen wir die Einheit der *locatio conductio* nicht bestreiten; aber wir möchten dem Standpunkt KASERS² beipflichten, wonach die *l.c.* einen Sammelbegriff bedeutet, den wir heute in die Begriffe der Miet- bzw. Pacht-, Dienst- und Werkverträge aufgliedern. In der *l.c.* sind vielerlei Lebensverhältnisse zusammengefaßt³. Wollen wir diese Lebensverhältnisse hinsichtlich ihrer Gegenstände gleichwohl in eine gewisse Einheit einbeziehen, so könnten wir die *l.c. operis* der *l.c. operarum* näher bringen, da der Gegenstand beider die Verrichtung oder Vollendung einer gewissen manuellen Arbeit bzw. die Organisation der Arbeitsverrichtung ist.

Vom Gesichtspunkt unseres Themas aus ist es von entscheidender Wichtigkeit, die Begriffe der Verantwortung und der Gefahrtragung scharf zu trennen.

Die Frage der Gefahrtragung tritt in den Vordergrund, wenn es sich um einen Schaden handelt, für den niemand verantwortlich ist, der niemandem zugerechnet werden kann⁴. Wir pflegen dagegen von Verantwortung zu sprechen,

- | | |
|-------------------------------|---|
| FIRA III | – Fontes Iuris Romani Ante iustiniani, III: Negotia, ed. V. ARANGIO-RUIZ (Firenze ² , 1943). |
| JÖRS-KUNKEL, RPR ³ | – P. JÖRS–W. KUNKEL, Römisches Privatrecht ³ (Berlin, 1947). |
| KASER, RPR, I ² | – M. KASER, Das römische Privatrecht, I ² (München, 1971). |
| KVGR | – Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (München–Berlin). |
| LENEL, EP ³ | – O. LENEL, Das Edictum Perpetuum ³ (Leipzig, 1927). |
| RH | – Revue historique de droit française et étranger (Paris). |
| RIDA | – Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (Paris). |
| SDHI | – Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma). |
| SZ | – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (Weimar). |
| TR | – Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'Histoire du Droit) (Bruxelles). |
| ZPRG | – Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Wien). |

¹ Wir möchten uns grundlegend nur auf folgende Abhandlungen berufen: H. KAUFMANN, Die altrömische Miete, Forschungen zum römischen Recht, 18 (Köln–Graz, 1964), S. 1 ff.; L. AMIRANTE, Ricerche in tema di locazione, BIDR 62 (1959), S. 9 ff.; FR. SCHULZ, Classical Roman Law (Oxford, 1951), S. 542 ff.; K. SZEMÉLYI, Római jog (Nyiregyháza, 1932: Römisches Recht), S. 146; G. MARTON, A római magánjog elemeinek tankönyve. Institúciók (Budapest, 1957: Lehrbuch der Grundzüge des römischen Privatrechts. Institutionen), S. 208; R. BROSZ–E. PÓLAY, Római jog (Budapest, 1974: Römisches Recht), S. 431 ff.

² M. KASER, Das römische Privatrecht, I², Handbuch der Altertumswissenschaft, X, 3, 3, 1 (München, 1971), S. 562.

³ AMIRANTE, BIDR 62 (1959), S. 117 ff.

⁴ BARNABÁS KISS, Veszély a római jogban (Kecskemét, 1940: Gefahr im römischen Recht), S. 8; M. KASER, Periculum locatoris, SZ 74 (1957), S. 155.

wenn für den entstandenen Schaden jemand aufgrund einer Rechtsnorm oder eines Vertrages haftet⁵. — Es ist von den Regeln der Gefahrtragung vorgeschrieben, wem das Rechtssystem die Verantwortung für die durch die *vis maior* eingetretenen Schäden zuschreibt, während die Verantwortung für die durch die *vis maior* verursachten Schäden die Subjekte eines Schuldverhältnisses nur ganz ausnahmsweise belastet (so z. B. dann, wenn jemand die Verantwortung für die *vis maior* vertraglich übernommen hat oder wenn der Schuldner in Verzug kommt). Die Gefahrtragung vermag also nur im Zusammenhang mit der *vis maior* aufzutreten, während die Verantwortung für die durch das dolose oder kulpöse Verhalten der Parteien herbeigeführten Schäden besteht — bzw. mit den dem Schuldverhältnis zufolge in die Verwahrung (*custodia*) des Schuldners gelangten Sachen verbunden ist —, nicht aber im Falle eines durch *vis maior* und zugleich ohne Schuld des Schuldners eingetretenen Vermögensverlustes zur Anwendung kommt⁶.

Im Bereich der Verantwortung ist besondere Aufmerksamkeit dem Problem der *custodia*-Haftung zuzuwenden. Ihr Wesen kann nämlich im Schrifttum bis zum heutigen Tag nicht als vollständig klargestellt betrachtet werden⁷.

In der Frage der *custodia*-Haftung haben sich im wesentlichen zwei extreme Standpunkte ausgestaltet: Nach einer Ansicht ist diese nichts anderes als die in Verbindung mit der Verwahrung auftretende schuldhafte Verantwortung, eine Haftung für die sog. *culpa in custodiendo*, mit anderen Worten die Vernachlässigung der sog. *diligentia in custodiendo*, was praktisch so viel bedeutet, daß die bewahrende Person mit Verantwortung belastet ist, wenn der Schaden in Verbindung mit der Verwahrung ihrem Versäumnis zufolge eingetreten ist (MITTEIS, FERRINI, HASSE, DE MEDIO, LUSIGNANI, usw.). Dem anderen Standpunkt gemäß ist die *custodia*-Haftung eine objektive Verantwortung, derzufolge der Verpflichtete die Sache dem Gläubiger unbeschädigt zurückzugeben hat und nicht nur für die durch sein doloses und kulpöses Verhalten herbeigeführten Schäden haftet, sondern auch für diejenigen, die infolge eines sog. *casus minor* niederer Gewalt in der aufbewahrten Sache aufgetreten, d. h. zufällig zustandegekommen sind, insofern aus dem Schuldverhältnis auch er Nutzen zieht. Von dieser Haftung kann er sich nur durch den Beweis des Eintritts einer *vis maior* befreien (WINDSCHEID, PERNICKE, SECKEL, KÜBLER, SCHULZ, ARANGIO-RUIZ, KUNKEL, WIEACKER, KASER, NÖRR usw. und, im ungarischen Schrifttum grundlegend, MARTON). Diese Verantwortung hat zwei zusammen bestehende Voraussetzungen: a) Der

⁵ MARTON, *Institúciók* (Institutionen), S. 85 ff., 189 ff.; R. BRÓSZ—M. MÓRA—E. PÓLAY, *A római magánjog elemei* (Egyetemi jegyzet), II (Budapest, 1968: Grundzüge des römischen Privatrechts. Ein Skript für die Universitäten), S. 78.

⁶ KASER, RPR, I², S. 502 ff. und MARTON, *Institúciók* (Institutionen), S. 109 ff.

⁷ Die Literatur zum *custodia*-Problem ist sehr umfangreich. Eine eingehende Zusammenfassung der einschlägigen Literatur wurde von KASER, RPR, I², S. 506, Anm. 23 gegeben; zuletzt von G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, SZ 89 (1972), S. 149, Anm. 1, und S. 150, Anm. 2, sowie S. 151, Anm. 3.

Schuldner soll dem Vertrag zufolge interessiert sein, und b) aufgrund des Vertrages sollen die zu ihm geratenen Sachen des Gläubigers unter seiner Verwahrung stehen.

Diese *custodia*-Haftung der klassischen Periode wurde von den Byzantinern im Interesse der Ausgestaltung einer allgemeinen Konzeption der Verschuldenshaftung in eine Verantwortung für die *culpa in custodiendo* umgestaltet⁸. Diese Umgestaltung vollzog sich aber nur oberflächlich und widersprüchlich. Eben in Verbindung mit der *locatio conductio* steht uns hinsichtlich der *custodia*-Haftung der klassischen Periode ein kaum strittiges Quellenmaterial zur Verfügung.

Zwischen den beiden extremen Standpunkten fehlen natürlich auch die verschiedenen Nuancen gewisser vermittelnder Standpunkte nicht (KRÜCKMANN, ROSENTHAL, PFLÜGER). Die Doktrin der *custodia*-Haftung als einer objektiven Aufbewahrungsverantwortung wurde im postumen Werk des ungarischen Romanisten GÉZA MARTON mit klassischer Bündigkeit zusammengefaßt⁹. Damit dient sie – wie die unten zu behandelnden Quellenstellen zu bestätigen scheinen – bei der Behandlung des klassischen Verantwortungssystems und so auch der Verantwortung der Subjekte der *locatio conductio* als ein sehr guter Ausgangspunkt.

Unsere erste Aufgabe, die eingehende Behandlung der bei der *locatio conductio* auftretenden Haftungskonzeption, wirft mehrere Probleme auf. Es gibt nämlich auf diesem Gebiet beinahe hundert Quellenstellen, die zu untersuchen sind, und sozusagen alle von diesen tragen – oder sind zumindest dessen verdächtig – die Spuren der Interpolationstätigkeit der byzantinischen Kompilatoren.

Unsere zweite Aufgabe, die Untersuchung der Frage der Gefahrtragung, kann vielleicht ein wenig leichter gelöst werden. Es erheben sich aber auch hier, besonders in Verbindung mit der *locatio conductio operis*, zahlreiche Fragen, die

⁸ SCHULZ, Roman Law, S. 547. Die Kompilatoren haben statt der klassischen *custodia* gewöhnlich den Ausdruck *diligentia in custodiendo* in den Text interpoliert.

⁹ G. MARTON, Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung. Archiv für die civilistische Praxis, 162, 1–2 (Tübingen, 1963), S. 6ff. Hinsichtlich der vertraglichen Haftung in der klassischen Periode will MARTON unter Anwendung der Ergebnisse der Interpolationsforschung die Ausgestaltungen einer gewissen einheitlichen Konzeption beweisen. Demgemäß gestaltete sich das vertragliche Haftungssystem der klassischen Periode nach der folgenden „Haftungs-Stufe“: a) der unentgeltliche Schuldner haftete für den *dolus* (und die *culpa lata*), b) der interessierte Schuldner außerdem auch für die *culpa levis*, c) der interessierte und mit *custodia* belastete Schuldner auch für den *casus minor*, schließlich d) der säumige Schuldner – unabhängig von seiner früheren Verantwortungsstufe – auch für die *vis maior*. Vgl. MARTON, Institúciók (Institutionen), S. 191ff. Nach MARTONS Meinung ist es, wenn auch die Fachausdrücke *culpa lata* und *culpa levis* nachklassischer Herkunft sind, völlig ausgeschlossen, daß die dadurch bezeichneten Begriffe den mit der griechischen philosophischen Kultur vertrauten Klassikern nicht bekannt gewesen wären, wie z. B. die Sorgfalt eines Durchschnittsmenschen, die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters (a. a. O., S. 193).

auf eine Lösung warten; der Forscher wird durch die Kasuistik der Quellenstellen auch hier vor eine ziemlich schwierige Aufgabe gestellt, obwohl die justinianische Kodifikation dazu vielleicht keine so bedeutenden Textabänderungen herbeiführte, wie dies im Falle der Verantwortung vorauszusetzen ist.

II. Die Verantwortung bei der *locatio conductio*

1. Die Verantwortung bei der *locatio conductio operis*

Die *locatio conductio* wird als ein entgeltlicher Vertrag von der Rechtswissenschaft zu denjenigen Verträgen gerechnet, bei denen die Vertragsparteien für den *dolus* und die *culpa* haften. Die Verantwortung der Subjekte der einzelnen Verträge wird in den von Ulpian stammenden Texten D. 13.6.5.2 und D. 50.17.23 ohne Anspruch auf Vollständigkeit, mehr beispielhaft aufgezählt. Die Vertragsparteien werden bei der *locatio conductio* auch für die *culpa* verantwortlich gemacht, da es nicht zweifelhaft ist, daß *utriusque utilitas veritur*. Es ist jedenfalls festzustellen, daß – während in D. 13.6.5.2 die Haftungsprinzipien der klassischen und der justinianischen Periode vermengt werden – in D. 50.17.23 nurmehr die justinianischen Verantwortungsregeln enthalten sind. Der unter D. 13.6.5.2 befindliche Text wird vom Schrifttum für ganz oder teilweise interpoliert gehalten¹⁰. Aus den angeführten Quellenstellen kann auf alle Fälle geschlossen werden, daß bei der *locatio conductio* die Vertragsparteien für den *dolus* und die *culpa* sowohl nach klassischem als auch nach justinianischem Recht verantwortlich sind¹¹.

Das Problem ist danach, ob wir die *culpa*- bzw. die *custodia*-Haftung bei einem Subjekt der *l.c. operis*, *operarum* bzw. *rei* in der klassischen Periode quellenmäßig beweisen können.

Aufgrund des hinsichtlich der *l.c. rei* zu unserer Verfügung stehenden Quellenmaterials prüfen wir das genannte Problem in nachstehender Reihenfolge:

- a) Im Falle des Schiffers, des Gastwirts, des Stallinhabers (*nauta, caupo, stabularius*);
- b) des Kleiderputzers und des Flickschneiders (*fullo, sarcinator*);
- c) des Briefträgers;
- d) des Schmuckhändlers;
- e) des sog. Scharmeisters (des den Werkvertrag schließenden Leiters der Arbeitsgruppe) und
- f) des Lagerhalters.

¹⁰ Vgl. Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur, ed. L. MITTEIS, E. LEVY, E. RABEL, I (Weimar 1926), S. 208f.

¹¹ Vgl. H. H. PFLÜGER, Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach dem römischen Recht, SZ 65 (1947), S. 195ff.; SCHULZ, Roman Law, S. 545; KASER, RPR, I², S. 571.

Es ist offensichtlich, daß diese Werkvertragstypen überhaupt nicht alle Fälle des Werkvertrags enthalten; sie sind aber die grundlegend charakteristischen Fälle der *locatio conductio operis*.

Im vorklassischen Recht haften, dem prätorischen Edikt gemäß, der *caupo*, *nauta* und *stabularius* selbst für die *vis maior*. Diese Haftung war eine Art der 'Erfolgshaftung': Was immer auch geschah, die übernommenen Sachen (Gepäck usw.) sollten zurückgegeben werden. Konnten sie dies nicht leisten, so gab der Praetor Klage gegen sie. Ulpian sagt deshalb das Folgende:

Ait praetor: „Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.“ Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus (D. 4.9.1. pr. und 1).

LENEL folgend kann festgestellt werden, daß der aus der Zeit des Prinzipats stammende Teil den wörtlichen Text des prätorischen Edikts enthält¹². Dieser wird von Ulpian so erklärt, daß eine Haftung des *caupo* usw. für *custodia* besteht. Diese Feststellung bezieht sich aber nicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Ediktsklausel, sondern erst auf Ulpians Zeitalter. Der Unterschied zwischen beiden Perioden wird durch Labeos Meinung (D. 4.9.3.1) verdeutlicht: *si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari*. Die vollständige Befreiung von *vis maior* ist in dieser Quellenstelle offensichtlich noch nicht enthalten.

Ulpian bespricht die Frage der Fahrlässigkeit des Reeders als Unternehmer (*conductor*) anhand einiger Beispiele:

Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum (D. 19.2.13.1).

Hier entscheidet Ulpian unter Berufung auf Labeo, daß der *navicularius*, falls er nicht fahrlässig handelte, nicht haftet. Hat jener jedoch seine Tätigkeit zu einer Zeit ausgeführt, als er diese nicht hätte verrichten sollen, oder hat er für die Beförderung ein weniger geeignetes Schiff ausgewählt, hat er entgegen dem Willen des Eigentümers gehandelt; ließ er das Schiff ohne Steuermann auslaufen, so sei seine Haftung festzustellen. Alle diese Fälle lassen sich in den Sorgfaltskreis des *diligens pater familias* einbeziehen, da der erfahrene Schiffer wissen muß, zu welcher Zeit er zu fahren und was für ein Schiff er auszuwählen

¹² O. I. ENEL, *Das Edictum perpetuum*³ (Leipzig, 1927), S. 131.

hat. Es mag vielleicht bestritten werden, daß die gegen den Willen des Eigentümers stattfindende Fahrt in den Kreis der Schuld gezogen werden kann. Dies scheint mehr eine Erfolgshaftung zu sein; aber wenn jemand nicht der Anweisung des Bestellers gemäß vorgeht, so soll er den daraus herrührenden Schaden tragen. Der Schiffer wird durch D. 19.2.13.2 im weiteren auch für die *vis maior* verantwortlich gemacht, falls die Möglichkeit eines Schadeneintritts durch seine Schuld herbeigeführt wurde: Er hätte nämlich das Schiff ohne Steuermann nicht auslaufen lassen sollen. So hat der *conductor* wegen seiner Fahrlässigkeit auch die durch die eventuelle *vis maior* hervorgerufenen Schäden zu tragen.

Im Schrifttum werden im allgemeinen nur einige Worte des Textes für interpoliert gehalten. BESELER hingegen sieht auch die sich ausdrücklich auf die Haftung beziehenden Regeln als interpolationsverdächtig an¹³. Unseres Erachtens wurden im Text einige Worte von den Kompilatoren verändert, aber der Sinn des Textes wandelte sich kaum. Die von BESELER getroffene Feststellung läßt sich schon dadurch bestreiten, daß die Abstraktion den Kompilatoren näher lag als die Kasuistik und wir hier vor einem stark kasuistischen Text stehen.

Im weiteren sagt Cervidius Scaevola folgendes:

Navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modis octo milibus certa mercede: sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur et onus impositum commisso tolleretur. Quaesitum est, an vecturas quas convenit a conductore secundum locationem exigere navis possit. Respondit secundum ea quae proponerentur posse (D. 19.2.61.1).

Aus der Quelle wird zwar nicht klar, warum die Schiffsladung konfisziert wurde; aber es ist wahrscheinlich, daß die Steuern nicht entrichtet worden waren¹⁴ oder daß auf eine andere Art versucht wurde, die Behörde zu umgehen. Den Eigentümer der Ware trifft hier ein Verschulden; deshalb schreibt ihm Scaevola vor, den Werklohn zu entrichten. Der Text erweckt den Eindruck, als ob der Wareneigentümer das ganze Schiff gemietet hätte und er somit der *conductor* gewesen sei. Dies wäre dann ein Fall der *locatio conductio*

¹³ G. BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen (Tübingen I, 1910; II, 1911; III, 1913; IV, 1920), hält den Ausdruck *si culpa caret* (II, S. 50) sowie den Text vom Wort *ceterum* bis zum Ende des Paragraphen (I, S. 50; III, S. 13; IV, S. 262, Anm. 1) für interpoliert. G. MACCORMACK, *Custodia and Culpa*, SZ 89 (1972), S. 198 sieht zwar eine *custodia*-Haftung, wenn der *conductor* die in seine Hände geratenen Güter entgegen dem Willen des Absenders zu einem ungeeigneten Zeitpunkt verlor oder seine Arbeit an weniger geeigneter Stelle verrichtete. Im Laufe seiner Erörterungen gelangt er gleichwohl letzten Endes zur *culpa*-Haftung. Vgl. TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*. Eine Untersuchung zum klassischen Recht, Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten, 4 (Wien-München, 1956), S. 33.

¹⁴ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 198. Vgl. C. ALZON, *Les risques de la locatio conductio*, *Labeo* 12 (1966), S. 314.

rei. Es läßt sich aber auch vorstellen, daß der Ausdruck *a conductore* irrtümlich in den Text geriet, anstatt des *a locatore*, selbst wenn am Anfang des Textes der Ausdruck *navem conduxit* vorgekommen sein sollte. Bei der *l.c. operis* ist nämlich der Schiffer der Unternehmer. In diesem Fall wird – der auf seiner Seite auftretenden Unterlassung zufolge – das Entgelt vom Besteller gezahlt.

Ein sehr wertvolles Ergebnis wird erzielt, wenn wir zwei in D. 19.2.13.4 und D. 9.2.5.3 befindliche Fragmente des Ulpian näher prüfen. Zwischen den beiden Texten gibt es keinen wesentlichen Unterschied; in beiden handelt es sich um einen Lehrvertrag¹⁵. MAYER-MALY sieht das zwischen dem Meister und dem Lehrling bestehende Verhältnis als ein Lehrverhältnis oder Lehrlingsverhältnis (*l.c. operis*) an¹⁶. Ihm gegenüber weist KASER¹⁷ dieses Rechtsverhältnis dem Bereich des Dienstvertrags zu. Unserer Meinung nach ist dieses aber als zur *l.c.* gehörig anzusehen; denn die Lehrlingsausbildung vermag keinen anderen Zweck zu haben, als aus dem Lehrling einen Meister zu bilden. Die Ausbildung geschieht natürlich grundsätzlich im Rahmen der Arbeitsverrichtung.

So trägt dieser Vertrag auch Merkmale der *l.c. operarum*.

Ulp. D. 19.2.13.4: *Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit: si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praeciendi.*

Ulp. D. 9.2.5.3: *Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito.*

Sehr hilfreich für das Verständnis dieser Texte ist die Erkenntnis WIEACKERS¹⁸, daß die Änderung der 'Digesten'-Texte keine bewußte Arbeit sei,

¹⁵ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 186.

¹⁶ Ebda.

¹⁷ KASER, RPR, I², S. 568ff.

¹⁸ F. WIEACKER, Textstufen klassischer Juristen, *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, phil.-hist. Klasse*, 3, 45 (Göttingen, 1960), S. 257ff. Er vergleicht D. 19.1.13.4 mit dem von ARANGIO-RUIZ in den 'Papiri della Societa Italiana' XIV (1957) Nr. 1449 veröffentlichten Text, der wahrscheinlich aus dem ins vierte Jahrhundert zu datierenden Pergamentkodex stammt.

sondern von den Kopisten der 'Digesten' herbeigeführt wurde. Es kann höchstens sein, daß die der Sachverhaltsschilderung folgenden Auseinandersetzungen von den Kompilatoren gestrichen wurden. Die Folge davon war, daß diese Texte im Vergleich zu denjenigen der klassischen Periode umgebildet wurden und der wirkliche Text heute nur noch mit Schwierigkeiten festgestellt werden kann. Es ist aber wahrscheinlich, daß der Ausdruck *sed et de Aquilia supra diximus* nicht von Ulpian herrührt¹⁹.

Ulpian erzählt unter Hinweis auf Iulian, daß der Schuhmachermeister seinem Gesellen, der einen Schuh verpfuscht hatte, vor Wut eine derart heftige Ohrfeige gab, daß das Auge des Gesellen ausgelaufen ist. Einé mildere Züchtigung wird dem Meister von Iulian zugebilligt, für eine so grobe Tat aber macht er ihn verantwortlich. Der Vater des Kindes kann mit *actio locati* klagen; das Verhalten des Meisters wird als *culpos* qualifiziert²⁰.

Außer der *actio locati* spielt auch die *lex Aquilia* eine Rolle. Hierüber entwickelte sich im Schrifttum eine große Debatte, deren Ergebnis so zusammengefaßt werden kann: War der Geselle ein freier Mensch, so konnte der Meister mit *actio locati*, war er jedoch ein Sklave, so aufgrund der *lex Aquilia* verklagt werden²¹. Abgesehen davon kann die Schlußfolgerung gezogen werden, daß beim Lehrvertrag als einer Unterart der *l.c. operis* die *culpa*-Haftung des *conductor* festgestellt werden kann.

Wir meinen mit den angeführten Quellen wahrscheinlich gemacht zu haben, daß bei der *l.c. operis* die Parteien für die *culpa* auf alle Fälle haften; für den Eintritt zufälliger Schadensereignisse wird aber eine weitere Regelung notwendig.

An anderer Stelle behandelt Ulpian die Frage in Verbindung mit dem *receptum* des Gastwirts. Die Quellenstelle läßt sich aber auch der *l.c. operis* nutzbar machen:

Quod si receperit saluum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit (D. 47.5.1.4).

Der Gastwirt und der Schiffer haben danach gegen den Dieb *actio furti*, wenn die gestohlenen Sachen im Eigentum einer anderen Person sind. Der Eigentümer der Sachen aber, in diesem Fall der *locator*, hat keine *actio furti*. Der Grund dafür ist, daß der *conductor* mit der Aufnahme die Gefahr der

¹⁹ WIEACKER, Textstufen, S. 262; MAYER-MALY, Locatio, S. 188. Vgl. auch V. ARANGIO-RUIZ, Note e discussioni, BIDR 63 (1960), S. 281 ff.

²⁰ Übereinstimmend WIEACKER, Textstufen, S. 260.

²¹ Die literarischen Standpunkte gehen in dieser Frage auseinander. Vgl. mit den hierher gehörenden Meinungen: P. JÖRS-W. KUNKEL, Römisches Privatrecht³, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, II-III (Berlin, 1947), S. 258 ff.; MAYER-MALY, Locatio, S. 187 ff., und I. B. ALBANESE, PSI XIV, 1449 (Ulp. 32 ad BD) e le testimonianze Ulpianee già note, in: Studi in onore di B. Biondi, I (Milano, 1965), S. 167 ff.; H. J. WOLF, Zur Palingenesie und Textgeschichte von Ulpian's Libri ad Edictum, Iura 10 (1959), S. 1 ff.; WIEACKER, Textstufen, S. 260 ff.

Verwahrung übernahm und somit verpflichtet war, den Schaden des *locator* zu ersetzen. So ist er offenbar berechtigt, vom Dieb die finanzielle Entschädigung einzutreiben. Diese Quelle kann auf keine andere Weise ausgelegt werden, als daß der *caupo*, *nauta* und *stabularius* auch für den *casus minor* haften. Ihre Haftung gründet sich auf ihr Interesse an der Übernahme. Es ist notwendig, daß die Sache zur Verwahrung bei ihnen abgegeben wurde. Die Originalität des 'Paragraphen' wird im allgemeinen nicht bestritten; nur die Echtheit einiger Worte ist zweifelhaft²². Die Herkunft des Textes aus der klassischen Periode und sein Sinn werden aber dadurch keineswegs verändert.

Über die *custodia*-Haftung des Schiffers usw. sagt Gaius folgendes:

Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur (D. 4.9.5 pr.).

Diese Quelle behandelt die *custodia*-Haftung noch ausführlicher als der ulpianische Text (D. 47.5.1.4) und umreißt das Wesen des *custodia*-Begriffs. Zwar erhalten der Schiffer, der Gastwirt und der Stalleigentümer ihr Entgelt nicht für die Verwahrung der Gepäckstücke usw., sondern für ihre Dienstleistungen, also für die Überführung des Schiffes, die Versorgung der Reisenden im Gasthof und die Unterkunft der Tiere im Stall, aber sie haften dennoch für *custodia*. Ihre *custodia*-Verpflichtung ergibt sich daraus, daß sie an der Abwicklung des Geschäfts interessiert sind und daß die Sachen, da sie zu ihnen gelangten, unter ihrer Aufsicht stehen. Sie sind verpflichtet, sie zu verwahren, obwohl das Entgelt ihnen nicht für die Verwahrung zukommt. Eben dies ist das Wesen der *custodia*-Haftung.

Projizieren wir die *receptum*-Haftung des Gastwirtes auf die *l.c. operis*, so hat der *conductor* dem Vertrage entsprechend etwas zu leisten. Gelangen im Verlaufe der Vertragsabwicklung Sachen des *locator* unter seine Aufsicht und werden diese Sachen gestohlen, so haftet der *conductor* unabhängig von seinem Verschulden, denn er ist am Vertrag interessiert und der *locator* gibt seine Sachen in die Gewalt des *conductor*. Mit der *custodia*-Verpflichtung soll der *locator* sozusagen eine Garantie erhalten, damit er in den Vertrag einwilligt. Sonst hätte nämlich ein Verschulden des *conductor* nachgewiesen werden müssen. Gaius zufolge ist es selbstverständlich, daß der *conductor* ohne ein besonderes Entgelt – allein weil der Vertrag entgeltlich und die Sache bei dem *conductor* ist – für *custodia* einzustehen hat. Die *custodia* ist deshalb keine Leistung für Geld, sondern eine dem jeweiligen Vertragstyp immanente Verwahrungsverpflichtung.

²² Der Ausdruck *caupo vel* wird von LENEL, EP³, S. 334, Anm. 2, das Wort *custodiae* von G. BESELER, Romanistische Studien, TR 8 (1928), S. 311 für interpoliert gehalten, während P. JÖRS, Römisches Recht (Berlin, 1927), S. 184, Anm. 6, den ganzen Text für echt erachtet.

Ulpian sagt zur Haftung des Schiffsherrn bzw. des Vermieters eines Schiffes folgendes:

Si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit (D. 4.9.3.1).

In Zusammenhang mit der Auslegung dieses Textes tauchen mehrere Probleme auf. Besonders umstritten ist der Sinn des Ausdrucks *sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest*. Es ist unzweifelhaft, daß es sich um fehlende Sachen handelt, und es ist auch unbestritten, daß niemandem wegen des Verlustes der Sachen ein Unterlassen vorgeworfen wird. Deshalb ist auch hier eine Verwahrungshaftung festzustellen. Was ist aber unter dem Ausdruck *si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto agere potest* zu verstehen? Der buchstäbliche Sinn des Textes ist: „Ist das ganze Schiff vermietet, so kann der Mieter für die fehlenden Sachen *ex conducto* klagen.“ Dieser Text scheint so natürlich sinnlos zu sein, denn die Sachen des Vermieters sind beim Mieter und nicht umgekehrt. Hinsichtlich der Auslegung des Textes sind sogar drei Variationen denkbar:

a) Der Eigentümer der Waren (übrigens *locator*) wird der Mieter des Schiffes sein, denn er mietet das ganze Schiff. – Das Schiff wird aber auch weiterhin vom *magister navis* geführt, so daß die Ware unter dessen Aufsicht ist. Wegen des Verlustes der Waren kann der Wareneigentümer (der ja das ganze Schiff mietet) mit der *actio conducti* vorgehen;

b) nehmen wir an, daß der Schiffer der *conductor* ist, er aber für die Zeit des Beladens das Schiff dem Eigentümer der Waren übergibt, während dessen Verwahrung das Zubehör des Schiffes Schaden nimmt. Während dieser Zeit ist das Zubehör des Schiffes im Gebrauch des *locator*, und so kann wegen des fehlenden Schiffszubehörs gegen ihn eine *actio conducti* eingeleitet werden; und schließlich:

c) ist es auch vorstellbar, daß die Kompilatoren die Worte *locator* bzw. *conductor* vertauscht haben.

Es kann somit der Schluß gezogen werden, daß derjenige für die fehlenden Sachen haftet, in dessen Verwahrung sich die Gegenstände befanden; ferner, daß man mit *actio locati* bzw. *actio conducti* selbst wegen der *custodia* zu klagen vermag.

Dem nächsten Satz des Textes gemäß kann der Schiffer, wenn er die zu verfrachtenden Sachen übernahm, *ex locato* verklagt werden, und zwar der vorigen Beweisführung zufolge auch für *custodia*.

Im folgenden wird von Ulpian die Haftung bei den Depot- und Werkverträgen verglichen. Beim *depositum* haftet der Depositar bzw. der Unternehmer für *dolus* und beim Werkvertrag auch für *culpa*. Von diesem Gedanken ausgehend erstreckt Ulpian die Haftung bei *locatio conductio* auch auf den Fall, in dem die Beschädigung nicht kulpos geschah, es sei denn, daß sie *fatali contigit*, d. h. durch *vis maior* verursacht war. Das ist wiederum ein Beweis für die *custodia*-Verpflichtung. Ulpian stellt Labeos Ansicht zitierend fest, wonach die Haftung im Falle des *naufragio aut per vim piratorum* nicht festgesetzt werden könne, da es sich hier um einen Fall der *vis maior* handle. Am Ende des Textes ist ein Anhang zu finden, dem zufolge der Gastwirt und der Stalleigentümer von der *vis maior* befreit werden.

Der Text ist an vielen Stellen interpolationsverdächtig²³. Es sind aber keineswegs die von uns hervorgehobenen Teile, die von den Interpolationsforschern in erster Linie untersucht werden. Der Ausdruck *nisi si quid damno fatali contigit* wird von einigen für interpoliert gehalten. Aber selbst wenn wir auch die Meinung dieser Verfasser annehmen, ändert es am Sinn des Textes nichts. Dies ist nämlich nur ein erklärender Teil, der inhaltlich mit dem nächsten Satz dem Wesen nach identisch ist. Beide Ausdrücke entziehen den Fall der *vis maior* dem Bereich der Haftung. Vom Ausdruck *idem erit* ab ist der Text auf alle Fälle interpoliert. Die unabwendbaren Ereignisse werden im klassischen Text durch Beispiele gezeigt. Dieser Satz ist hingegen das Ergebnis einer Abstraktion. Gastwirt und Stalleigentümer haften ebensowenig, wenn im Gasthof usw. der Schaden durch *vis maior* herbeigeführt ist. Der Ausdruck *vis maior* wurde von den Klassikern nicht sehr oft verwendet. Dieser Satz läßt also auf eine Insertion der Kompilatoren schließen. Das Wesen des Textes ändert sich aber auch dadurch nicht. Wir mögen daraus die Folgerung ziehen, daß in der justinianischen Periode, im Falle des *caupo*, hinsichtlich der übernommenen Sache die verwahrende Person mit *custodia*-Haftung belastet war. Diese Haftung umfaßt ihrem objektiven Charakter zufolge auch den *casus minor*, die *vis maior* aber nicht. Abgesehen von dem in der vorklassischen Periode entstandenen Edikttext, dem gemäß der Schiffer usw. als *conductor* auch für die *vis maior* haftet, bestand in der klassischen und justinianischen Periode ihre Haftung nurmehr für die *custodia*.

²³ Der Textteil *merces . . . si* wird von F. SCHULZ, Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht, ZPRG 38 (1911), S. 43 für das Ergebnis der Interpolation gehalten, während die Teile *nisi si . . . contigit* und *idem . . . contigerit* von A. DE MEDIO, Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano, BIDR 20 (1908), S. 197ff. als Tribonian's Insertion qualifiziert wird. Gleichfalls sieht E. PERNICE, Parerga. Zum römischen Wohnheitsrechte, SZ 20 (1899), S. 135ff. das Ergebnis einer tribonianischen Insertion im Textteil *nisi . . . hominum*, ebenso LUSIGNANI, Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano, I (Modena, 1902), S. 38. Außerdem sind auch unbedeutendere Teile des Textes schon für interpoliert gehalten worden. In der neueren Literatur wird der angeführte Textteil auch von PFLÜGER, SZ 65 (1947), S. 198ff. eingehend analysiert und seine in die 'Digesten' eingegangene Form in ihrer Gesamtheit für interpoliert gehalten.

Die Haftung des *locator* erstreckte sich nur auf den *dolus* und die *culpa*. Ein ähnliches Ergebnis wird erreicht, wenn wir die von Ulpian herrührende Stelle D. 4.9.1.8 analysieren. Auch diese Quelle läßt uns über die *custodia*-Haftung des Schiffers (des *conductor*) nicht im Zweifel.

Hinsichtlich der Haftung des Wäschers (*fullo*) und Flickschneiders (*sarcinator*) sind die Quellen eindeutig:

Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcindum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit (D. 19.2.9.5).

Im Text werden von Ulpian zwei Fragen behandelt. Er macht den Hirten, der sich verpflichtet hat, Kälber zu weiden, sowie den Flickschneider und Wäscher für *culpa* und *imperitia*, d. h. für Unerfahrenheit in ihrem Handwerk, verantwortlich. Dann stellt er, sich auf Celsus berufend, fest, daß die *imperitia* als *culpa* gelte. Wer eine Flickarbeit oder das Reinigen der Kleider übernimmt, obgleich er sich darauf nicht versteht, handelt offensichtlich fahrlässig. Die Beweisführung ist klar, und wie wir später sehen werden, erwähnen die Quellen die *imperitia* oft mit der *culpa* zusammen, bzw. sie setzen die Unkenntnis immer der Fahrlässigkeit gleich. Der Ausdruck *imperitia* kommt typisch im Falle einer zur Dienstleistung verpflichteten Person vor. Bei der Arbeitsverrichtung oder Werkherstellung ist nämlich Fähigkeit und Fachkunde eine Hauptforderung. Wer es unternimmt, etwas zu verrichten, ohne die entsprechende Sachkenntnis zu haben, ist so zu behandeln, als ob er seine Arbeit fahrlässig schlecht verrichtet hätte²⁴.

Der schon einmal angeführte Text von Gaius hebt zur Frage der Haftung folgendes hervor:

Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur (D. 4.9.5 pr.).

Der zweite Teil des Textes macht den Wäscher und den Flickschneider ebenso für *custodia* verantwortlich wie den Schiffer. Obwohl sie die *merces* nicht für die Verwahrung, sondern für das im Rahmen ihres Handwerks erzielte Arbeitsergebnis, das heißt für Reinigung bzw. das Flickern von Kleidern, erhalten, sind sie gleichwohl verpflichtet, die Sache auch zu verwahren. Gaius' Text handelt in diesem Zusammenhang auch von der dem Unternehmer zukommenden *actio furti*:

Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcinda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a

²⁴ Vgl. JÖRS-KUNKEL, RPR³, S. 173, Anm. 30; C. A. CANNATA, Per lo studio della responsabilità per culpa nel diritto romano classico (Milano, 1967), S. 248 ff.

fullone aut sarcinator suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse (Gai. Inst. 3.205).

Auch den Fall des Diebstahls von Kleidern behandelt Gaius im folgenden Fragment:

Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et conditionem cedere (D. 19.2.25.8).

Labeo erörtert ebenfalls diese Frage:

Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet (D. 19.2.60.2).

Alle drei Quellen behandeln den Diebstahl der zur Bearbeitung übergebenen Kleider. Sie stellen die *custodia*-Haftung der Unternehmer eindeutig fest²⁵. Dies wird auch durch die Ausdrücke *si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat* und *si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit eoque nomine domino satisfecerit* gezeigt. Wurden die Kleider dem Flickschneider oder Wäscher gestohlen, so kann der Besteller den Ersatz seines Schadens mit der *actio locati* fordern. Die *actio furti* ging vom Eigentümer auf den *conductor* über, so daß diese Strafklage dem *conductor* den Regreß auf die Diebe ermöglichte. Das ist einleuchtend; denn wenn auch der Dieb nicht in jedem Fall gefunden werden konnte, so wurden doch in einigen erfolgreichen Fällen auch aus anderen Diebstählen erduldete Schäden des Unternehmers ersetzt. Diese Lösung ist sehr überzeugend, denn der *locator* bekommt ohnehin vom *conductor*, was ihm gebührt, und der *conductor* sichert sich mit der übergegangenen Klage gegen die Diebe. Unseres Erachtens war dies die der Statuierung der *custodia*-Haftung korrespondierende Reaktion der Rechtswissenschaft im Interesse des *conductor*, um ihn als den *custodia*-Verpflichteten zu entlasten.

Aus dem Gesagten kann gefolgert werden, daß – falls die Sache gestohlen wurde – mit der Geltendmachung der *custodia*-Verpflichtung das Anklagerecht dem Diebe gegenüber auf den *conductor* übergeht.

Ein vom vorigen verschiedenes Problem wird von Ulpian in D. 12.7.2 behandelt. Die *custodia*-Verpflichtung des *fullo* ergibt sich aber eindeutig aus dem Text:

²⁵ Übereinstimmend KASER, RPR, I², S. 508.

Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

Die zur Wäsche übergebenen Kleider gingen verloren. Aufgrund der vom Eigentümer eingeleiteten Klage (*a. locati*) hat der Wäscher den Wert der Kleider erstattet. Hat der Eigentümer inzwischen die Kleider gefunden, so kann der Unternehmer nach Ulpian's Meinung mit Recht *ex conducto* klagen, um den bezahlten Betrag zurückzubekommen.

Der Text spricht zwar nicht von der *custodia*-Haftung, der *fullo* aber hatte wegen des angeblichen Diebstahls den Wert der Kleider zu ersetzen. Dies war aber nur dann möglich, wenn seine Haftung sich auch auf die *custodia* erstreckte²⁶. Die am Ende des Textes befindliche byzantinische Insertion²⁷ bezieht sich nicht hierauf, so daß durch diese der klassischen Periode entstammende ulpianische Regel die *custodia*-Haftung des *fullo* bestätigt wird.

Die übrigen Quellen handeln nicht mehr vom Grundfall der *custodia*, dem Diebstahl, sondern von anderen Fällen.

Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato teneatur, quia debuit ab hac re cavere. Et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit (D. 19.2.13.6).

Diese ulpianische Quelle behandelt, abweichend von den bisher besprochenen gaianischen Quellen, nicht den Verlust der Sache durch Diebstahl, sondern durch Mäusefraß bzw. durch zufällige Vertauschung des zu reinigenden Mantels. Der Mäusefraß ist ebenso ein *casus minor* wie der Diebstahl der Sache. Der Text sagt, daß der *fullo* verpflichtet sei, das Kleid vor Mäusefraß zu schützen; obwohl dieser im konkreten Fall die unter den vielen Kleidern sich verbergenden Mäuse, die das Kleid annagen, nicht einmal wahrzunehmen vermag, haftet er. Eben darin besteht die Eigenart der Haftung für Zufall in diesem Falle. Entdeckt er die Mäuse, so kann er natürlich auch dieser Gefahr vorbeugen, ebenso wie dem Diebstahl.

Im Schrifttum finden sich eine ganze Reihe unterschiedlicher Standpunkte zur Bedeutung des Satzes *quia debuit ab hac re cavere*. Manche sehen hier eine

²⁶ Vgl. MAYER-MALY, *Locatio*, S. 208.

²⁷ Der Text ist nach BETTI eine byzantinische Insertion von *nisi* ab bis zum Ende, E. BETTI, Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani, *BIDR* 28 (1915), S. 68; E. ALBERTARIO, La costruzione *nisi* . . . *tunc enim* ed altre somiglianti: contributo all'esegesi del Digesto, *Il Filangieri* 36 (1911), S. 822; E. LEVY, Die Enteignung des Klägers im Formularprozeß, *SZ* 42 (1921), S. 503, Anm. 6.

gewöhnliche *culpa*-Haftung²⁸, während andere bis zur Haftung für *diligentia* gelangen²⁹. Es kann diejenige Ansicht als herrschend bezeichnet werden, dergemäß dieser Satz interpoliert sei und nach Wiederherstellung des klassischen Textes die *custodia*-Haftung festgestellt werden könne. Nach Ansicht von MAYER-MALY³⁰ stammt auch dieser Satz aus der klassischen Periode. Er ist der Meinung, daß es in der gegebenen Situation ausgeschlossen sei, die Fahrlässigkeit des *conductor* zu beweisen.

Während im Falle des Mäusefraßes der Grund der Haftung offensichtlich die *custodia*-Verpflichtung ist, kann man bei der Verwechslung des Mantels mit Recht darüber disputieren, ob hier die Haftung des Unternehmers auf der *custodia* oder der *culpa* beruht. Die Frage läßt sich auf beide Weisen auffassen, aber der Ausdruck *ignarius fecerit* scheint mehr auf die *custodia* hinzuweisen.

All die vorigen Quellen haben eindeutig die *custodia*-Haftung des *conductor* behandelt. Unserer Meinung nach ist der Grund der Haftung derselbe, sei die Sache nun gestohlen oder vertauscht. Mit welcher Sorgfalt könnte nämlich der *conductor* der Verwechslung zweier völlig gleichartiger Kleider vorbeugen, wenn infolge Reinigung kein Unterscheidungsmerkmal mehr an diesen festgestellt werden kann? Eher könnte der Eigentümer erkennen, welches nicht sein Kleidungsstück ist. Bekommt aber der Eigentümer ein besseres Kleid als das hineingegebene zurück, wird er es kaum dem Wäscher sagen und statt dessen um das Kleid geringerer Qualität bitten. Unseres Erachtens ist also ROSENTHALS Meinung, der in der Verwechslung ausdrücklich *culpa* sieht³¹, kaum zu halten. Übrigens befinden sich auch HAYMANN und EISELE im Zweifel über die Originalität des Textes³². Wir konnten aber weder aufgrund stilistischer noch aufgrund logischer Untersuchungen einen Anhalt dafür finden, die Klassizität des Textes zu bezweifeln.

Ulpian betrachtet die Haftung des *fullo* als eine reine *custodia*-Haftung.

Itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet. Si autem solvendo non est, ad dominum actio reddit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est (D. 47.2.12 pr.).

Sehr viele meinen, daß der Text von Kompilatoren überarbeitet wurde, ja einige halten sogar einen großen Teil des Textes für byzantinischen Ursprungs. Wir schließen uns SCHULZ an, wonach einige Worte wahrscheinlich verändert, wodurch aber die Klassizität des Textes nicht verfälscht wurde³³.

²⁸ J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, SZ 68 (1951), S. 261 f.

²⁹ PFLÜGER, SZ 65 (1947), S. 201 f.

³⁰ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 208.

³¹ ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 261.

³² EISELE, Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, SZ 10 (1889), S. 311 hält den Text vom Wort *huic* bis zum Ende für interpolationsverdächtig, während F. HAYMANN, Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, SZ 40 (1919), S. 191 den ganzen § für interpoliert ansieht.

³³ F. SCHULZ, Die Aktivlegitimation zur *actio furti* im klassischen römischen Recht, SZ 32

Der folgende Text von Ulpian handelt von der Haftung des Wäschers:

Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit (D. 47.2.48.4).

Es wird hier ein sehr interessanter Fall vom klassischen Verfasser behandelt. Das Rechtsverhältnis ist zwar mit *commodatum* gemischt, der *conductor* wird gleichwohl unmißverständlich mit der *custodia*-Haftung belastet, *quia custodia rei ad te pertinet*. Der Zusammenhang zwischen *casus* und *custodia* kann auch hier nicht bestritten werden. Dieser Text zeigt auch klar, daß es ein falscher Schluß ist, die *custodia* mit irgendeiner Form von Verschulden (*diligentia*, *levissima culpa*) gleichzusetzen.

Wir halten es aufgrund der besprochenen Quellen für erwiesen, daß der *fullo* und der *sarcinator* für ihr schuldhaftes Verhalten sowie für die *custodia* haften.

Im Schrifttum halten viele die bei dem *fullo* und dem *sarcinator* dargestellten Regeln für einen atypischen Fall der *l.c. operis*. Sie führen zur Begründung an, daß zur Zeit des Gaius die *l.c. operis* so bedeutend war, daß Gaius selber in seinem Lehrbuch die *custodia*-Haftung nicht an dem weniger bedeutenden Fall des *sarcinator* dargestellt hätte. Diese Haftung sei eine Ausnahme, die über die von Gaius besprochenen Fälle nicht hinausgehen könne³⁴.

Der anderen Auffassung zufolge behandeln die den *fullo* und den *sarcinator* betreffenden Texte eine der Erscheinungsformen der *l.c. operis*, die in der Praxis sehr oft vorkomme und bei Gaius ein wegen seiner Bedeutung hervorgehobener, bevorzugter Fall der *l.c. operis* sei³⁵.

Diese Auffassung kommt der Wahrheit viel näher als die voranstehende; aufgrund der Prüfung der Quellen kommen auch wir zu diesem Schluß. Die Haftung im Falle des *sarcinator* scheint uns tatsächlich dieselbe zu sein wie die des *caupo*.

Interessant ist die Meinung von MACCORMACK³⁶, der unter Bezugnahme auf Gaius' Zeilen (Inst. 3.206) einen Gegensatz zwischen der Haftung des *caupo*

(1911), S. 60 und F. KNIPE, *Gai Institutionum Commentarius tertius* (Jena, 1914), S. 487, 520, 552 halten den Textteil *semper . . . debet* für problematisch. Vom Wort *si* ab bis zum Ende des *principium* meinen sie, eine Interpolation annehmen zu können. Der Text wird von HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 188, Anm. 3 für original gehalten.

³⁴ ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 238; MAYER-MALY, *Locatio*, S. 206f. und MACCORMACK, SZ 89 (1972), S. 194.

³⁵ KASER, RPR, I², S. 508, Anm. 41 und MARTON, *Zivilrechtl. Haftung*, S. 7; SZEMÉLYI, *Római jog*, S. 150, Anm. 1.

³⁶ MACCORMACK, SZ 89 (1972), S. 192 hat darauf hingewiesen, daß der *caupo* usw. für die ihm anvertrauten Sachen streng haftete. Er hatte die Sachen in Sicherheit zu halten, und seine Verantwortung wurde auch dann festgestellt, wenn die ihm anvertrauten Güter ohne

und des *sarcinator* sieht. Er vergleicht das angeführte Fragment mit dem in D. 4.9.5 pr. enthaltenen und kommt zu der Schlußfolgerung, daß die *custodia* des *fullo* und des *sarcinator* nicht identisch mit derjenigen des *nauta* sei. Bei den ersteren gibt es nämlich keine derart strenge Haftung wie beim *nauta*, es sei denn, daß sie diese ausdrücklich übernommen hätten. Seinem Standpunkt nach habe Gaius die *custodia* für einen Fall einer vertraglich besonders vereinbarten Risikoübernahme verstanden³⁷. Wir können uns dieser Theorie des Verfassers nicht anschließen, weil aus den Quellen kein solcher Konsens entnommen werden kann. Auch das Fragment D. 4.9.5 pr. widerspricht dieser Ansicht. Was den Textteil von Gaius Inst. 3.206 betrifft, scheint dieser die *custodia*-Haftung des *fullo* zu bestätigen, indem er diese mit der *custodia*-Haftung des Kommodatars vergleicht, wo die *custodia*-Haftung³⁸ auf der Seite des Kommodatars ebenfalls zur Geltung kommt, obwohl die Begründung der *custodia*-Verpflichtung mit der in D. 4.9.5 pr. enthaltenen nicht identisch ist.

Der von der Haftung des Briefträgers handelnde ulpianische Textteil steht mit dem oben behandelten Problem in hier interessierendem Zusammenhang:

Et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. Et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed et si interfuit eius epistulam reddere furti habebit actionem. Finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. Et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet (D. 47.2.14.17).

Im Text handelt es sich darum, daß jemandem ein Brief zur Zustellung anvertraut wird. Der Brief geht aber unterwegs verloren. Kann dafür der Träger des Briefes haftbar gemacht werden? Nach MACCORMACK und ROSENTHAL nur dann, wenn er diese Haftung übernommen habe. Nach ROSENTHAL könne der Verlust selbst in diesem Fall dem Briefträger nur dann zugerechnet werden, wenn er den Verlust des Briefes verschuldet habe³⁹.

Die Quellenanalyse erlaubt die Feststellung, daß die *custodia*-Haftung in zwei Fällen eingreift:

- a) Wenn jemand die Verwahrung der Sache ausdrücklich übernommen hat, oder
- b) wenn er Geld für die Beförderung erhält. Die Ausdrücke *vel si* und *vel*

seine Schuld verlorengingen. — PFLÜGER, SZ 65 (1947), S. 203f. meint, daß die *custodia*-Haftung aus dem *receptum* des Gastwirts entsprang, welches nachher ausgedehnt wurde. Seiner Meinung nach könne die *custodia* festgestellt werden, weil im Falle des *caupo* die Sachen ständig an einem verschlossenen Ort aufbewahrt werden. Wenn dem aber nicht so sei, dann könne die *custodia* nicht in Frage kommen.

³⁷ MACCORMACK, SZ 89 (1972), S. 204.

³⁸ KASER, RPR, I², S. 535 und MARTON, Zivilrechtl. Haftung, S. 7.

³⁹ ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 240; MACCORMACK, SZ 89 (1972), S. 204. Vgl. PFLÜGER, SZ 65 (1947), S. 200f.

mercedem können nur zusammen ausgelegt werden. Wenn jemand die Verwahrung einer Sache ausdrücklich übernahm, greift die *custodia*-Haftung zweifellos ein; denn es ist möglich, diese zu übernehmen. Bekam jemand Geld für die Beförderung eines Briefes, ohne die Haftung für *custodia* ausdrücklich übernommen zu haben, so ist er gleichwohl mit der *custodia*-Haftung belastet. Diese beiden Voraussetzungen sind voneinander unabhängig: Entweder übernahm der Briefträger die *custodia*-Haftung, oder er bekam einfach nur Geld für die Beförderung des Briefes. Hier ist die schon behandelte doppelte Voraussetzung der *custodia*-Haftung erfüllt: Interesse und Gewahrsam. So sind auch wir der Auffassung, daß der *conductor*, der die Beförderung eines Briefes übernommen hat, nicht nur für *custodia* einzustehen hat, wenn er diese ausdrücklich übernommen hat, sondern auch dann, wenn er dies mangels besonderer Vereinbarung nicht hat, die Sache einfach übernahm und für die Beförderung Entgelt erhielt. Der Schlußteil des Abschnitts stellt die Haftung des Briefträgers der des *caupo* gleich.

Es bleibt fraglich, inwiefern der Text für echt angesehen werden kann. LUSIGNANI hält den Textteil von *finge* ab bis zu *accepit* für interpoliert. Hier werden auch die sich auf die Haftung beziehenden Regeln behandelt. Nach HAYMANN soll der zwischen den Worten *vel . . . si accepit* befindliche Teil interpoliert sein. Andere, so z. B. BESELER, halten nur einige Worte für unecht.⁴⁰ KASER hält den Text im Kern für echt⁴¹. Würden wir die Ansicht von HAYMANN und LUSIGNANI teilen, so wäre es fraglich, welches der Standpunkt der klassischen Periode betreffs der Haftung war. Es ist schwer vorstellbar, daß gerade die Kompilatoren die Fälle der *custodia*-Haftung in den Text eingefügt hätten, obwohl all ihr Streben darauf gerichtet war, diesen von den Spuren der *custodia* zu befreien. Auch was die Ausdrucksweise angeht, kann der fragliche Satz nicht als typisch für einen interpolierten Text gelten. Die genannten Wissenschaftler erklären diesen Textteil für interpoliert, um ihre eigene Theorie zu stützen. Die Abstraktion, die in diesem Text die Haftung des Briefträgers auf das Niveau der Haftung des Gastwirts anhebt, kann zwar unseres Erachtens auch von den Kompilatoren hergerührt haben; aber, obwohl wir dafür keine stilistischen Anhaltspunkte haben und eher mit logischen Folgerungen vorgehen, spricht die Wahrscheinlichkeit doch sehr viel eher für die Richtigkeit der Standpunkte von KASER, SCHULZ und ARANGIO-RUIZ.

Im folgenden prüfen wir auch einige weniger bedeutende Quellen, von denen wir meinen, daß sie organische Teile der Ausgestaltung der Haftung im

⁴⁰ HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 210; BESELER, Beiträge zur Kritik, IV, S. 59 und DERS., SZ 45 (1925), S. 486. Vgl. noch: Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur, ed. L. MITTEIS, E. LEVY, E. RABEL, III (Weimar, 1935), S. 484–485. Er zählt sehr eingehend die diesbezüglichen textkritischen Ansichten auf.

⁴¹ KASER, RPR, I², S. 508, Anm. 41. Ferner: V. ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale in diritto romano² (Napoli, 1933), S. 128ff.; SCHULZ, SZ 32 (1911), S. 63 und DERS., Rez. LUSIGNANI, Studi sulla responsabilità, KVGR 50 (1912), S. 40; F. DE ROBERTIS, I rapporti di lavoro (Milano, 1946), S. 164ff.

Rahmen der *l.c. operis* sind. Sie betreffen die Haftung von Handwerkern wie Graveure und Juweliere.

Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae (D. 9.2.27.29).

Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio (D. 19.2.13.5).

Die von Ulpian stammenden beiden Quellenstellen behandeln dem Sinn nach ein gleichartiges Problem. Die Bearbeitung einer Gemme, das Schleifen eines Kelches setzen sehr große Fachkunde voraus. Der Meister hat über die hierfür erforderliche Fachkenntnis zu verfügen und muß für die durch seine *imperitia* herbeigeführten Schäden aufkommen⁴². Die Grundlage dieser Haftung kann nur ein fahrlässiges Verhalten sein; wegen eines Materialfehlers aber soll der Meister nicht belastet werden⁴³. Oft ist es problematisch festzustellen, ob der Schaden infolge eines Materialfehlers oder aufgrund der *imperitia* eintrat.

Es gibt eine Meinung, wonach der Juwelier selbst für die inneren Materialfehler haftet, weil er als ein Fachmann den Mangel hätte erkennen müssen; der Handwerker ist ebenso verantwortlich, wenn das Material zur Bearbeitung ungeeignet war, denn dann hätte er die Arbeit nicht übernehmen dürfen⁴⁴. Gemäß D. 9.2.27.29 sind die Handwerksmeister übereingekommen, die Arbeiten nur in der Weise zu übernehmen, daß sie nicht auf ihre eigene Gefahr arbeiten müssen. D. 19.2.13.5 stellt hingegen fest, daß der Handwerker, der diese Gefahr ausdrücklich übernahm, auch für Materialfehler haftet. Die Unverfälschtheit beider Texte wird von vielen in Abrede gestellt⁴⁵. Mit Recht weist aber MAYER-MALY darauf hin, daß es das Bestreben der Meister war, die von Materialfehlern ausgehende Gefahrtragung von der für die *imperitia* bestehenden Haftung zu trennen. Ulpian wollte dies besonders hervorheben⁴⁶. Der Materialfehler liegt jedenfalls außerhalb des Bereiches der Haftung. Diese Regeln sind bei der Gefahrtragung zu prüfen; der klassische Ursprung der *imperitia* ist aber unzweifelhaft. In D. 19.2.9.5 wird die Haftung des *artifex* für *culpa* bzw. für die *imperitia* betont. Bei der Prüfung der Texte erhebt sich die Frage, warum die Rede nicht auf die *custodia* kommt, obwohl der Gewahrsam

⁴² Ähnlich ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 188 ff.; CANNATA, Culpa, S. 131 ff.; KASER, RPR, I², S. 571.

⁴³ ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 239 und MAYER-MALY, Locatio, S. 193.

⁴⁴ Vgl. HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 190 ff.

⁴⁵ EISELE, SZ 10 (1889), S. 311; HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 191 und MAYER-MALY, Locatio, S. 192.

⁴⁶ MAYER-MALY, Locatio, S. 194.

auch hier eine Rolle spielt. Ulpian war wahrscheinlich nur hinsichtlich der Frage der *imperitia* zur Entscheidung aufgefordert; der Verlust einer Sache spielt in der Fragestellung keine Rolle, er konnte also auch eine solche Frage nicht beantworten.

Eine der meist diskutierten Quellen des Schrifttums ist das von Gaius herrührende Fragment D. 19.2.25.7:

Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, (ita id) periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegimus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

Unseres Erachtens behandelt diese Quelle nicht die Regeln der Gefahrtragung und auch nicht die Haftung. Da sie aber von sehr vielen in den Bereich der Haftung gezogen wird, halten wir es für notwendig, hier einige Worte darüber zu sagen. PFLÜGER und MACCORMACK meinen, eine Haftung des säulenbefördernden Unternehmers (Scharmeisters, *conductor operis*) feststellen zu können, wenn der Schaden von ihm oder von den von ihm eingesetzten Arbeitern schuldhaft herbeigeführt wurde⁴⁷. Nach Ansicht von HAYMANN, PARIS und KUNKEL habe der Text fast keinen originalen Teil⁴⁸. SCHULZ wandelt den Ausdruck *ita id* in das Wort *custodia* um und hält den mit *si qua* beginnenden Teil bis zum *fuisset* einschließlich für eine Insertion⁴⁹. LUSIGNANI hält den Teil *culpa autem* – *fuisset* ebenfalls für interpoliert⁵⁰. Der interpolierte Charakter des Textes wird durch diese Meinungen sehr überzeugend dargetan. Nach Ansicht dieser Wissenschaftler könnte der klassische Gaiustext folgende Gestalt haben⁵¹:

Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, periculum praestat (D. 19.2.25.7).

Dieser Text behandelt aber schon die Regeln der Gefahrtragung. Es ist beinahe unvorstellbar, daß bei der im gegebenen Fall stattfindenden

⁴⁷ PFLÜGER, SZ 65 (1947), S. 195 unterwirft den Text einer gründlichen grammatischen Analyse, korrigiert mehrere Worte und stellt schließlich die *culpa*-Haftung fest, die er als aus der klassischen Periode stammend ansieht (MACCORMACK, SZ 89 [1972], S. 201 ff.).

⁴⁸ HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 192; W. KUNKEL, *Diligentia*, SZ 45 (1925), S. 275; I. PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain* (Paris, 1926), S. 83, 85.

⁴⁹ F. SCHULZ, ZPRG 38 (1911), S. 26, und DERS., KVGR 50 (1912), S. 41. – BESELER, Beiträge zur Kritik, IV, S. 134 sieht hier eine *custodia*-Haftung.

⁵⁰ LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità*, S. 57.

⁵¹ KASER, RPR, I², S. 571, Anm. 86. Danach sei das Fragment original bis zum Wort *acciderit*. Unserem Standpunkt nach ist die zweite Hälfte des so erhaltenen Textes (*si qua . . . culpa acciderit*) nicht mit der ersten Hälfte (*Qui columnam . . . periculum praestat*) verbunden; die Ausdrücke *periculum praestat* und *culpa* können beieinander nicht bestehen.

Säulenbeförderung die Schuld irgendeines Lieferanten festgestellt werden könnte. Es kann nur ein Schaden festgestellt werden, und der Unternehmer ist verpflichtet, den daraus entstandenen Nachteil zu tragen; denn die Gefahr belastet ihn. Es ist eine andere Frage, daß der ganze Abschnitt von den Kompilatoren überarbeitet wurde, die versucht haben, irgendeine kulpöse Haftung zu konstruieren, und die aus der Beförderung selbst stammenden Schäden in den Kreis der Haftung einbezogen haben.

In demselben Themenkreis bewegt sich die von Ulpian herrührende Passage D. 19.2.11.3:

Qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset, ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi culpa conductor careret.

Im vorliegenden Fall wurde die Beförderung von Wein vom *conductor operis* übernommen. Unterwegs ergab sich aber ein – aus dem Text nicht zu entnehmendes – Problem. Der Wein wurde aufgrund einer Intervention einer dritten Person versiegelt und in einem Depot eingelagert. Der *conductor* ist verpflichtet, den Wein ohne Weigerung herauszugeben. Hier soll ein Verschulden des *conductor* nicht geprüft werden: Er ist verpflichtet, den Wein herauszugeben, unabhängig davon, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Bei ihm als Verwahrungspflichtigen soll die *culpa* nicht einmal in Betracht kommen. Der Ausdruck *nisi culpa conductor careret* ist völlig fehlerhaft; er gehört nicht zum Text, weil er den übrigen Teilen des Textes widerspricht. Er ist vermutlich das Ergebnis einer nachträglichen Insertion⁵².

MAYER-MALY schließt die Möglichkeit der *custodia*-Haftung aus mit der Bemerkung, daß der *conductor* zwar für das Ergebnis seiner Handlung haftet, aber nur aufgrund eines kulpösen Verhaltens⁵³. MACCORMACK bewertet das Verhalten des *conductor* so, daß jener sich bemühte, den Wein sicherzustellen, und daß er dafür nicht verantwortlich gemacht werden könne⁵⁴. Dieser Standpunkt ist sehr realistisch⁵⁵. Ulpian sagt hingegen ausdrücklich, daß der *conductor* gehalten sei, *ex locato tenetur*, den Wein zurückzugeben. Wir denken, es ergibt sich eben aus der *custodia*-Verpflichtung des *conductor*, daß eine *actio* gegen ihn gegeben wird, selbst wenn er aus guter Absicht versuchte, den Wein im Depot bis zur Beilegung der Streitsache zu hinterlegen.

⁵² Manche halten diese Satzfragmente für das Ergebnis einer nachträglichen Insertion, so EISELE, SZ 10 (1889), S. 310, HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 194, PARIS, La responsabilité, S. 90 und PFLÜGER, SZ 65 (1947), S. 199.

⁵³ MAYER-MALY, Locatio, S. 196 sieht den Grund des Streites darin, daß der Wein von einer dritten Person beansprucht wurde.

⁵⁴ MACCORMACK, SZ 89 (1972), S. 202. Das Problem wird hier vom Verfasser bezüglich des Berechtigungsgrundes gesehen.

⁵⁵ PARIS, La responsabilité, S. 91.

Auch einige von Cato stammende Texte geben Hinweise auf die Haftung des Scharmeisters (Leiter einer Arbeitergruppe):

Oleam legendam hoc modo locare oportet: oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit. Oleam ne stringito neve verberato iniussu domini aut custodis: si adversus ea quis fecerit, quod ipse eo die delegerit, pro eo nemo solvet neque debebitur (Cato, De agri c. 144.1).

Oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli. Scalae ita, uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt: si non erunt reddet eaeque arbitratu reducetur (Cato, ibid. 144.2).

Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito: id viri boni arbitratu deducetur (Cato, ibid. 144.3).

Die obigen Texte sprechen von der vom Scharmeister übernommenen Olivenernte. Man hatte die Oliven gewöhnlich den Anweisungen des Eigentümers gemäß zu ernten; hatte man sich nicht an diese gehalten, war der Unternehmer verantwortlich. Hat der Unternehmer dem Eigentümer dadurch irgendeinen Schaden zugefügt, so ist er verpflichtet, für den Schaden aufzukommen. Leitern hatte man so zurückzugeben, wie man diese erhalten hatte. War dies unmöglich, dann mußte der Wert der Leiter vom Werklohn abgezogen werden.

Der Unternehmer haftete für sein eigenes Verhalten sowie für das der von ihm beschäftigten Erntearbeiter. Aus diesem Text geht hervor, daß der Unternehmer die übernommene Arbeit sorgfältig auszuführen bzw. ausführen zu lassen hat. Der erste Satz des Fragments 144.3 kann mißverstanden werden: Fügt der *redemptor* (*conductor operis*) dem Eigentümer irgendeinen Schaden zu, so hat er dafür zu zahlen. Der Text aber spricht nicht davon, ob der Unternehmer den Schaden schuldhaft oder unverschuldet herbeigeführt habe. Es sind also zwei Deutungen möglich: entweder hat man die Umstände des Schadens nicht einmal geprüft, was – auf eine Erfolgshaftung hinweisend – zu Catos Zeiten nicht unvorstellbar gewesen wäre, oder aber fehlte es, dem Charakter von Catos Werk entsprechend, diesem an juristischer Präzision. Die Aufmerksamkeit des Verfassers richtete sich nicht darauf, zwischen schuldhafter und unverschuldeter Schadenzufügung zu unterscheiden. Dem widerspricht der Satz unter 144.1, der sich auf die Arbeitsverrichtung bezieht: „Der Unternehmer soll die Olive auf gehörige Weise ernten . . . er soll diese nicht abbrechen, nicht herabschlagen.“ Es ist wahrscheinlich, daß Cato an die durch eine diesen Vorschriften nicht entsprechende Arbeitsverrichtung herbeigeführten Schäden gedacht hat. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Rückgabe der Leitern handelt es sich teils um Gefahrtragung, teils um Haftung. Im Fall des Verlustes der vom Unternehmer übernommenen Leitern ist der Wert der Leitern vom Werklohn des Unternehmers abzuziehen. Es gibt nur eine einzige Befreiungsmöglichkeit für den Unternehmer, nämlich die, daß die Leitern wegen ihres Alters zerbrochen. Das ist nicht zu verhindern; wir haben es dann mit *vis maior* zu tun, der *conductor*

kann dafür nicht verantwortlich gemacht werden. Nach PÓLAYS Ansicht weist die Quellenstelle, die die Verpflichtung zur Rückgabe der Leitern behandelt, auf die Ursprünge der *custodia*-Verpflichtung des Unternehmers hin⁵⁶.

Der von Ulpian herrührende Text D. 16.3.1.9,10 kann in keine der von uns festgesetzten Gruppierungen eingefügt werden; es ist aber nicht zu bezweifeln, daß es sich hier um die *l.c. operis* handelt:

Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est. In conducto et locato et in negotio, ex quo diximus praescriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam praestabunt qui servum receperunt: at si cibaria tantum, dolum dumtaxat.

Es ist sehr schwierig, aus diesem Text das Wesen des Rechtsfalles herauszuarbeiten. Jemand übernahm die Verwahrung eines Sklaven als *conductor*, aber er gab ihn zur Verwahrung weiter (zunächst wohl in eine Mühle zur Arbeitsverrichtung). Der Sklave verschwand unter ungeklärten Umständen. Nach Ulpian kann gegen den Mühleneigentümer mit der *actio conducti* vorgegangen werden. Bekam der Verwahrer des Sklaven aber ein Entgelt, so kann gegen ihn die *actio locati* eingeleitet werden. War die Zahlung eines Entgelts nicht vereinbart, so kann gegen den Empfänger nur mit der *actio depositi* vorgegangen werden⁵⁷. Es wird durch die Möglichkeit der *actio locati* und *actio conducti* eindeutig bestätigt, daß den *conductor* bzw. denjenigen, dem er als einem Unterbeauftragten den Sklaven weitergegeben hatte, die *custodia*-Haftung trifft. Das wird übrigens mittelbar auch durch den Hinweis auf die *actio depositi* bestätigt; wurde für die Bewahrung des Sklaven kein Entgelt gezahlt, so kommt eine Haftung für *custodia* nicht in Frage. ROSENTHAL zufolge habe die *custodia* in diesem Fall den Charakter einer Arbeitsleistung; der Müller aber haftet nur, falls seine Verantwortung für die Bewahrung festgestellt werden kann. Der Grund der Haftung ist die schuldige *custodia*⁵⁸. Grundsätzlich gleicher Meinung ist auch MACCORMACK mit der Behauptung, daß die Verantwortung nur dann festgestellt werden könne, wenn der Sklave

⁵⁶ E. PÓLAY, A dáciai viaszostáblák szerződése (Budapest, 1972: Die Verträge der Wachstafeln aus Dakien), S. 188.

⁵⁷ Gaius: *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa (si) res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest, rem salvam esse, furti agere non potest, sed ea actio domino competit* (Inst. 3.207). Es geht aus dieser Quelle hervor, daß jemand, der die *custodia* nicht übernimmt, also kein Geld für die Verwahrung der bei ihm befindlichen Sachen erhält, nur für den *dolus* haftet. Aufgrund der *actio depositi* konnte man hinsichtlich der Verwahrung nicht klagen.

⁵⁸ ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 223.

aufgrund der *culpa* der bewachenden Person entfliehen konnte⁵⁹. Aus der Quelle kann aber diese Schlußfolgerung nicht gezogen werden (die Echtheit der Quelle wird nur teilweise in Frage gestellt)⁶⁰.

Im Schrifttum ist die Frage der Haftung des Lagerhalters, Speichervermieters (*horrearius*) ein viel diskutiertes Thema. Die vorliegenden Quellen sind zweifellos sehr kontrovers, aber sie sind nichtsdestoweniger geeignet, gewisse Schlußfolgerungen zuzulassen. Die Haftung des *horrearius* wird in den folgenden Quellenstellen behandelt:

D. 19.2.55 pr. – D. 19.2.60.6 – D. 19.2.60.9 – C. 4.65.1 – C. 4.65.4 und Coll. 10.9.

Die Diskussion bewegt sich in erster Linie um folgende Fragen: wer im konkreten Rechtsverhältnis der *locator* und wer der *conductor* sei; ob wir von *custodia*-Haftung sprechen können; und schließlich: ob der Einbruch, der bei den Rechtsverhältnissen dieser Art die am häufigsten auftretende Schadensursache ist, als *vis maior* qualifiziert werden könne. Im Schrifttum wird im allgemeinen der *horrearius* als *conductor* qualifiziert; der Eigentümer des Lagers vermietet der allgemeinen Ansicht nach das Lager einer Person, und diese leistet die Einlagerung entweder als *conductor* oder als Untermieter des *horrearius*⁶¹. Es gibt auch eine Auffassung, wonach nur der Einlagerer *conductor* sein könne; so werde das Rechtsverhältnis als *locatio conductio operarum* qualifiziert, und folglich sei die in den Texten vorkommende Bezeichnung *locator horrei* – die auf die *l.c. rei* hinzuweisen scheine – unrichtig⁶².

Der allgemeinen Auffassung nach nähme bei der Einlagerung eine Person teil, die sowohl *conductor* gegenüber dem Lagereigentümer als auch *conductor* gegenüber dem für die Einlagerung Zuständigen sei⁶³. Diese Ansicht kann aber

⁵⁹ MACCORMACK, SZ 89 (1972), S. 197f., sowie L. AMIRANTE, Ricerche in tema di locazione, BIDR 62 (1959), S. 109ff.

⁶⁰ PERNICE hält den ganzen § für interpoliert (SZ 9 [1888], S. 257), nach BESELER scheint nur der Teil *quasi . . . datur actio* (Beiträge zur Kritik, II, S. 160), nach DE FRANCISCI jedoch der Ausdruck *quod si . . . datur actio* (Synallagma, I [Pavia, 1913], S. 13 und S. 173ff., sowie II [ebda., 1916], S. 539ff.) interpoliert zu sein.

⁶¹ MAYER-MALY, Locatio, S. 210. Vgl. noch F. M. DE ROBERTIS, Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il *caupo* e lo *stabularius*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari, n.s. 12 (Bari, 1952), S. 112. – Nach C. ALZON, Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain (Paris, 1965), S. 32ff., ist es ausgeschlossen, daß das Depot einem Lagerhalter vermietet worden wäre, sondern es wurde vom Eigentümer geführt.

⁶² ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 232. ALZON, Problèmes, S. 201ff., wirft die Frage auf, was eigentlich die *locatio horrei* sei, zu welcher Abart der *l.c.* sie gehöre. Er verwirft die Möglichkeit der *l.c. operis*, verwirft auch die Auffassung, die das Verhältnis als *l.c. rei* ansieht, nimmt auch die Möglichkeit der *l.c. operarum* nicht an. Im weiteren (S. 216ff.) hält er es zwar für nicht zweifelhaft, daß der fragliche Vertrag *locatio conductio* sei, meint aber, daß er keiner bestimmten Form der *l.c.* entspreche, sondern ein gemischter Vertrag sei, am nächsten der *l.c. rei*, aber auch Elemente der *l.c. operis* und *operarum* in sich trage.

⁶³ Vgl. JÖRS-KUNKEL, RPR³, S. 175; SCHULZ, Roman Law, S. 547; R. MONIER, Manuel élémentaire de droit romain, en 2 tomes, II. Les obligations⁵ (Paris, 1954; Nachdruck Aalen, 1970), S. 171. F. WUBBE, Zur Haftung des Horrearius, SZ 76 (1959), S. 511ff. hat,

aus den Quellen nur schwer belegt werden. In den Texten werden die Ausdrücke *locator horrei* und *dominus horrearum* benutzt und über deren Haftung gesprochen. Es ist sehr wahrscheinlich, daß die Lagermiete sich anfangs zwischen der *l.c. rei* und der *l.c. operis* befand. Der *dominus horreorum* (C. 4.65.1 – D. 19.2.55 pr. – Coll. 10.9 und C. 4.65.4) kann in jedem Fall als *conductor* aufgefaßt werden. Dieser Auffassung widerspricht nur der *locator horrei* von D. 19.2.60.6, und auch der Wortgebrauch in D. 19.2.60.9 ist unsicher. Jedenfalls ist zu bemerken, daß die beiden letzteren Texte von Labeo stammen. Die terminologische Unsicherheit mag vielleicht damit erklärt werden, daß in der Zeit Labeos sich die juristische Form und Terminologie des Einlagerungsverhältnisses noch nicht entwickelt hatte.

Beim *horrearius* wird die *custodia*-Haftung im Schrifttum im allgemeinen anerkannt, sie wird aber für eine aufgrund irgendeines Verschuldens eingreifende Haftung gehalten⁶⁴. Unserer Ansicht nach gibt es aber in den Quellen keinen Hinweis auf *dolus* oder *culpa*. Das Aufbrechen des Lagers wird von einigen als *vis maior* qualifiziert, von anderen aber nicht⁶⁵. Der *latronum hostiumque incursus* wird z. B. von Gaius als *vis maior* qualifiziert (D. 13.6.18 pr.). Ein Einbruch von Räuberbanden rechnete unseres Erachtens immer zu den Fällen einer *vis maior*.

Dies voranstellend untersuchen wir nun die Quellen:

Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit: servi tamen eius cum quo contractum est propter aedificiorum notitiam in quaestione peti possunt (D. 19.2.55 pr.).

Imp. Antoninus Iulio Agrippino: Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. His cessantibus si quid ex depositis rebus in laesis extrinsecus horreis periit, damnum depositorum sarciri debet . . . Paulus respondit: Satis praepositam constitutionem declarare his, qui horrea locant, maiorem vim imputari non posse (Coll. 10.9).

nach eingehender Analyse der Frage, bewiesen, daß der Eigentümer der *locator*, der *horrearius* der *conductor* ist. Er zieht aber auch die Möglichkeit in Betracht, daß eine *l. c. rei* zustande gekommen ist.

⁶⁴ MACCORMACK, SZ 89 (1972), S. 193 und ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 233f. Der Meinung des letzteren zufolge haftet der Lagerhalter für den Zufall nur im Fall besonderer Übernahme. ALZONS Standpunkt in der Frage ist folgender: der Vermieter des Depots hafte für die *custodia* nur, wenn er diese besonders übernommen hatte. Seiner Meinung nach sei die *custodia*-Haftung keine Abart der objektiven Verantwortung, wie im Falle des *nauta*, *caupo*, usw. (Problèmes, 80ff.), sondern sie sei eine *culpa*-Haftung. Kommt im Depot ein Mangel zustande, so ist anzunehmen, daß den *locator* ein Verschulden trafe und dieser sich von dieser Haftung nur mit dem Nachweis der *vis maior* befreien könne. Vgl. noch in dieser Hinsicht die Rezension von E. H. KADEN, SZ 84 (1967), S. 481ff. über die angeführte Arbeit von ALZON.

⁶⁵ Der Einbruch wird von ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 232 nicht als *vis maior* qualifiziert. Anders MAYER-MALY, Locatio, S. 191. Die *effractura* wird von ALZON, Problèmes, S. 48ff. ebenfalls als *vis maior* qualifiziert.

Diese zwei Quellen sind mit dem Text von C. 4.65.1 beinahe identisch⁶⁶. Der Text änderte sich nicht wesentlich, vielleicht nur in gewissen Ausdrücken, in der von Labeo bis Caracalla vergangenen Zeit. Es wird von den Quellen übereinstimmend gezeigt, daß der Lagerhalter nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn das Lager von Räubern aufgebrochen und ausgeplündert wurde. Im Text des D. 19.2.55 pr. wird der Einbruch von Labeo mit den Worten *effractis et compilatis* bezeichnet. In den anderen zwei Texten findet der Ausdruck *periculum vis maioris vel effracturae latronum* Verwendung. Es trifft zwar zu, daß die Ausdrücke *vis maior* und „Einbruch der Räuber“ im Text nebeneinander zu finden sind, aber es läßt sich daraus nicht schließen, daß es sich um zwei antithetische Begriffe handle. Das Aufbrechen von Lagern durch Räuberbanden war sehr häufig⁶⁷. Dieser Fall sollte deshalb besonders betont und sozusagen aus den anderen möglichen Erscheinungen der *vis maior* hervorgehoben werden. Der zweite Satz des im 'Codex' und in der 'Collatio' befindlichen Textes ist ziemlich unklar. Die Hypothese von ROSENTHAL ist, daß die dem Lagerhalter übergebenen Sachen von diesem vertragswidrig außerhalb des Lagers abgesetzt und von dort gestohlen wurden: deshalb hafte er als Vertragsbrüchiger⁶⁸. Der Ausdruck in D. 19.2.55 pr.: *nisi custodiam eorum recepit* ist das Ergebnis einer ziemlich sinnlosen Insertion⁶⁹. Es wird von Paulus klar festgestellt, daß für die *vis maior* nicht zu haften ist (Coll. 10.9). Es läßt sich also der Schluß ziehen, daß der Lagerhalter für den *casus maior* nicht einzustehen hat, für den *casus minor* aber haftet. Diese Feststellung läßt sich durch folgendes Fragment erhärten:

Et divi Pii et Antonini litteris certa forma est, ut domini horreorum effractorum eiusmodi querelas deferentibus custodes exhibere necesse habeant nec ultra periculo subiecti sint. Quod vos quoque adito praeside provinciae impetrabit. Qui si maiorem animadversionem exigere rem deprehenderit, ad Domitium Ulpianum praefectum praetorio et parentem meum reos remittere curabit. Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem exhibere debent (C. 4.65.4).

Am Anfang des Textes der Verordnung wird der Fall des Einbruchs behandelt. Der letzte Satz des Textes weist auf die *custodia*-Haftung hin.

⁶⁶ *Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet (C. 4.65.1).*

⁶⁷ MAYER-MALY, locatio, S. 211.

⁶⁸ ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 232f.

⁶⁹ Einige Teile des Textes werden von PARIS, La responsabilité, S. 104 für interpoliert gehalten. Der Ausdruck *nisi . . . recepit* wird unter anderen von HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 210, sowie von J. VÁSNY, Custodia, Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo 12 (1929), S. 133ff. als interpoliert angesehen. — ALZON, Problèmes, S. 43, stellt nach der Prüfung des Textes fest, daß bei diesen Stellen — mit Ausnahme der durch das Abschreiben herbeigeführten Zweideutigkeiten — keine Interpolation angenommen werden kann, weil der Inhalt der Texte vollkommen übereinstimme.

Dasselbe kann auch aus dem von Labeo stammenden Text D. 19.2.60.9 geschlossen werden⁷⁰:

Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter convenerit.

Der *horrearius* soll für die Bewahrung der Sache einstehen. Wurde aber vom Lagereigentümer vermietet, so gibt es keine *custodia*-Haftung, wenn nicht aufgrund besonderer Vereinbarung etwas anderes bestimmt ist, sagt der Text. Aber dieser Textteil wird für interpoliert gehalten⁷¹. Nach unserer Meinung greift im Falle der Vermietung des ganzen Lagers keine *custodia*-Haftung ein, weil der Lagereigentümer auf den Gebrauch des Lagers vorläufig verzichtet, die Schlüssel dem Einlagerer übergibt und so keine Aufsicht über das Lager führt. Dieser Sachverhalt nähert sich schon dem Falle der *l.c. rei*.

Ein interessanter Fall wird von Labeo im Text unter D. 19.2.60.6 angeführt:

Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. Proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit, remissum videtur.

Unserer Quellenstelle zufolge hat der *locator horrei* entschieden, kein Gold, Silber und keine Perlen auf seine Gefahr in das Lager aufzunehmen. Später aber hat er erfahren, daß auch solche Sachen im Lager eingebracht wurden. Er hat diesen zu seiner Kenntnis gelangten Sachverhalt geduldet, und deshalb ist ein auf die Verwahrung dieser Sachen gerichteter Vertrag zustande gekommen. Die Lagerung von Gold und Silber bedeutet ein besonderes Risiko. So ist es verständlich, daß diese Sachen von den Lagerhaltern nicht gern übernommen wurden. Übernahmen sie diese dennoch, so sollten sie damit auch die Gefahr tragen⁷². Es läßt sich schwer vorstellen, daß ein Lagerhalter – wenn solche Sachen in sein Lager zur entgeltlichen Aufbewahrung eingebracht wurden – für den Fall des Verlustes der Sache nicht haften sollte. Der Hinweis auf den Ausschluß der Gefahr bei goldenen Gegenständen bedeutet auch, daß bei anderen Gegenständen der Lagerhalter mit der Gefahr der Bewahrung belastet ist.

Aus den besprochenen Quellen kann die *custodia*-Haftung zweifellos entnommen werden. Ein Verschulden irgendwelcher Art ist nicht erforderlich⁷³.

⁷⁰ KASER, RPR, I², S. 508, Anm. 37.

⁷¹ V. ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale in diritto romano² (Napoli, 1933), S. 125, Anm. 1; EISELE, Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, SZ 13 (1892), S. 152.

⁷² Vgl. MAYER-MALY, Locatio, S. 211.

⁷³ Vgl. WUBBE, SZ 76 (1959), S. 518ff.; I. LUZZATO, Caso fortuito e forza maggiore (Milano, 1938), S. 231ff. Nach der Meinung von J. A. C. THOMAS, Custodia and Horrea, RIDA 6 (1959), S. 371–383 war es nur der *horrearius* und nicht der Eigentümer, der für *custodia*

Es ist schon schwerer zu entscheiden, wie es in unserem Fall mit den Positionen *conductor* und *locator* steht⁷⁴. Unzweifelhaft ist aber, daß die Person, die die Sachen in das Lager aufnahm, sei sie *conductor* oder *locator*, diese zu verwahren hat und sich von der Haftung nur durch den Nachweis der *vis maior* zu befreien vermag. Dies wird durch Gaius D. 19.2.40 klargestellt: „Wer für die Verwahrung der Sachen anderer Leute Geld bekommt, haftet für die mit der Aufbewahrung verbundene Gefahr“⁷⁵. Dies scheint durch eine von Kaiser Diocletian herrührende *constitutio* (C. 4.65.28), die sowohl den *locator* als auch den *conductor* für die *custodia* verantwortlich macht, bestätigt zu werden.

2. Die Verantwortung im Falle der *locatio conductio operarum*

So reiche Quellen wir auch für die Verantwortung der Parteien bei der *l.c. operis* hatten, so wenig Quellenmaterial steht uns in dieser Hinsicht bei der *l.c. operarum* zur Verfügung. Dies kann bekanntlich damit erklärt werden, daß einerseits das Arbeitssystem des Römischen Reiches hauptsächlich auf Sklavenarbeit gegründet war und andererseits die aufgrund eines Dienstvertrages verrichtete physische Arbeit – da diese mit der Sklavenarbeit zu konkurrieren hatte – gesellschaftlich nicht sehr angesehen war. Dies erklärt die wenig eingehende Regelung, die die *l.c. operarum* in den 'Digesten' erfahren hat⁷⁶. Auf die Haftung des Arbeitgebers finden wir nur selten Hinweise; öfter behandelt wird die Verantwortung des Arbeiters.

In den auf den dakischen Wachstafeln überlieferten Verträgen war festgesetzt, daß die Arbeiter die Arbeit „fehlerlos und tüchtig“ zu verrichten haben. Hatte der Arbeiter die Arbeit nicht fehlerlos verrichtet und arbeitete er einer körperlichen Schwäche zufolge nicht tüchtig, so haftete er für die so entstandenen Schäden⁷⁷.

Aufgrund der zur Verfügung stehenden beiden Quellen kann die Haftung des Maultiertreibers als eines Arbeitnehmers geprüft werden. In beiden Quellen sind dem Wesen nach identische Regeln enthalten.

Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpa nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum

wegen der eingelagerten Güter verantwortlich gemacht werden konnte; aber auch hier war die Befreiung durch den Nachweis von *vis maior* möglich.

⁷⁴ ALZON, Problèmes, spricht im allgemeinen von *locator* (z. B. S. 242, 274–277, usw.). Dies entspricht der Tatsache, daß er das Rechtsverhältnis im Grunde genommen für *l.c. rei* hält.

⁷⁵ ALZON, Problèmes, S. 48 stellt in Frage, ob der *dominus horreorum* zum Kreis der Personen gehörte, auf die sich dieser Text von Gaius bezieht.

⁷⁶ D. NÖRR, Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, SZ 82 (1965), S. 67ff. – Vgl. noch DE ROBERTIS, Receptum nautarum, S. 49ff.

⁷⁷ E. PÓLAY, A dáciai viaszostáblák szerződesei (Budapest, 1972), S. 187. Vgl. auch DERS., Verträge auf Wachstafeln aus dem römischen Dakien, ob. in diesem Band (ANRW II 14), S. 509–523.

non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit (D. 9.2.8.1).

Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpa reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, aequae culpa tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui, cum equo veheretur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit (Inst. 4.3.8).

Ein Verschulden des *conductor operarum* kann festgestellt werden, wenn er die durchgehenden Maultiere aufgrund seiner Unerfahrenheit oder Schwäche nicht zügeln kann und damit einen Schaden verursacht. Sowohl die Unerfahrenheit (*imperitia*) als auch die Schwäche (*infirmitas*) sind als *culpa* zu qualifizieren. Der Maultiertreiber handele auch schuldhaft, wenn er die Maultiere einem anderen anvertraute und so ein Schaden herbeigeführt wurde. Der aus den 'Institutionen' angeführte Text bringt insoweit eine Verschärfung, als, falls ein anderer, stärkerer Mensch das Durchgehen der Maultiere hätte zurückhalten können, das Verschulden des schwächlichen Maultiertreibers als offensichtlich gilt. Zwischen beiden Texten gibt es keinen wesentlichen Unterschied; es ist also festzuhalten, daß der Arbeiter sowohl nach klassischem als auch nach byzantinischem Recht für den aufgrund seiner Fahrlässigkeit entstandenen Schaden haftete. Der Mangel der zur Verrichtung der Arbeit erforderlichen Sachkenntnis oder Kraft ist also als ein Verschulden anzusehen. Als der Arbeiter die Arbeit annahm, hätte er wissen müssen, ob er zu ihrer Verrichtung geeignet war oder nicht. Bei der *l.c. operis* kann vom *conductor* nur *peritia* verlangt werden, bei der *l.c. operarum* ist überdies auch die *firmitas* eine Anforderung, die zu erfüllen ist. Dies ist insofern selbstverständlich, als beim Arbeiter nicht so sehr Fachkenntnis als Körperkraft wichtig war⁷⁸ (am Ende beider Texte befindet sich als erweiternder Zusatz, daß diese Regeln auch auf das Treiben von Pferden anzuwenden sind).

Ein von einem Wagenlenker verursachter Unfall wird von Ulpian im Rahmen von D. 19.2.13 pr. behandelt:

Item quaeritur, si cisiarius, id est carucarius, dum ceteros transire contendit, cisium evertit et servum quassavit vel occidit. Puto ex locato esse in eum actionem: temperare enim debuit: sed et utilis Aquiliae dabitur.

Der Wagenlenker versuchte zu überholen, stürzte mit dem Wagen um und verletzte einen Sklaven. Es fragt sich, ob eine Haftung des Wagenlenkers festgestellt werden kann. Da er den Wagen mit entsprechender Sorgfalt hätte lenken sollen, ist die Antwort positiv.

⁷⁸ Vgl. ebda. sowie MAYER-MALY, *Locatio*, S. 159.

Es ist nunmehr fraglich, ob der Arbeiter über ein Verschulden hinausgehend auch für *custodia* verantwortlich gemacht werden kann. Tatsächlich ergibt sich bei der *l.c. operarum* sehr viel seltener eine Situation, in der die Verwahrung einer Sache erforderlich wird. Im Schrifttum sind gleichwohl auf die *custodia*-Haftung des Arbeiters zahlreiche Hinweise zu finden. WIEACKER stellt aufgrund einer textkritischen Analyse zweier Texte von Celsus (D. 19.2.9.1 und D. 19.1.13.16) fest, daß die Beweisführung des Celsus auf den Begriff der auf die *custodia*-Haftung hinweisenden entgeltlichen Verwahrungsverpflichtung bezogen werden könne. Demgemäß hafte der *conductor operarum* für die Verwahrung, wenn ihm Sachen anvertraut würden. WIEACKER erstreckt diese Haftung auch auf die Handwerker-Assoziationen, die sich der Form des Dienstvertrags bedienten⁷⁹. PÓLAY hat durch den Vergleich der Texte D. 29.2.40 und Cato 144.6 festgestellt, daß – wenn Arbeitsmittel vom Arbeitgeber den Arbeitern zur Verfügung gestellt werden – die Arbeiter mit der *custodia*-Haftung belastet sind⁸⁰.

Der folgende Text beweist, daß sowohl der *locator* als auch der *conductor custodia*-verpflichtet sein können:

In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat (C. 4.65.28).

Wir haben die *custodia*-Haftung des *conductor*, wie zu erwarten war, in vielen Fällen bestätigt gefunden. Wie konnte diese aber auch auf den *locator operarum* erstreckt werden? Enthält die *constitutio* einen sinnlosen Schreibfehler? Nein, das ist nicht der Fall. Ihre Formulierung ist genau, kurz und bündig. Man weiß nicht, was für eine Anfrage an den Kaiser gerichtet wurde. Aber entweder enthielt die Anfrage keine auf die *culpa* bezügliche Variante, und deshalb fehlt ein Hinweis darauf, oder es ist die *culpa* ohne weiteres mit einbezogen, da sie zwischen dem *dolus* und der *custodia* liegt⁸¹. Die letztere Antwort ist plausibel. Es ist jedenfalls Tatsache, daß für die *custodia* der *locator* und der *conductor* im vorliegenden Fall in gleicher Weise hafteten; und das ist nur möglich, wenn wir die Quellenstelle auf den *locator* bei der *l.c. operarum* beziehen. Bei der *l.c. rei* und der *l.c. operis* wird die Sache nur in Ausnahmefällen vom *locator* aufbewahrt. Diese kaiserliche Entscheidung ist also nur dann richtig interpretiert, wenn sie in erster Linie auf die Haftung des Arbeitnehmers als *locator* bezogen wird. Auf diese Weise vermögen wir diese *constitutio* am allgemeinsten auszulegen; denn im konkreten Fall, wenn Sachen des Vertragspartners in irgendeiner Form der *l.c.* zur anderen Partei gelangten, ist die verwahrende Partei immer mit der *custodia*-Haftung belastet und kann

⁷⁹ WIEACKER, Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts, SZ 54 (1934), S. 47ff. ersetzt in D. 19.2.9.5 sowie in D. 19.1.13.16 das Wort *culpa* durch das Wort *custodia* und erzielt so das von ihm gewünschte Ergebnis. Vgl. noch ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 205 und 131.

⁸⁰ PÓLAY, A dáciai . . ., S. 188.

⁸¹ MARTON, Zivilrechtl. Haftung, S. 7. Vgl. MAYER-MALY, Locatio, S. 214.

sich nur mit *vis maior* entschuldigen⁸². Wir teilen nicht die Ansicht ROSENTHALS, der bei der Auslegung dieses Textes statt der *custodia* das Wort *culpa* einschaltet⁸³. Mit dieser Veränderung würde der Textteil *non etiam casum, cui resisti non potest* vollständig sinnlos. Dieser kann für den Begriff *culpa* nicht bestehen, sondern nur für den Begriff *custodia*.

Die andere Quellenstelle, aus der allgemeine Schlußfolgerungen zu ziehen sind, stammt von Gaius (D. 19.2.40):

Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

Dies ist die allgemeinste Definition der *custodia*-Haftung. Wer Lohn für die Verwahrung einer bei ihm befindlichen Sache erhält, trägt auch das Risiko der Verwahrung. ROSENTHAL und MAYER-MALY interpretieren in diesem Text die *custodia* als selbständige Hauptleistung und meinen, die im Text D. 4.9.5 pr. enthaltenen Bestimmungen, wonach die *custodia* als Nebenleistungspflicht zu einer anderen Hauptleistung, z. B. der Reinigung von Kleidern, sekundär beiträgt, völlig vernachlässigen zu dürfen⁸⁴. In Zusammenhang mit dem Text unterscheidet MACCORMACK zweierlei Arten der *custodia*. Dies sind: a) der Fall, in dem die Verwahrung einer Sache für Geld übernommen wird, und b) der Fall, in dem das Entgelt als Gegenleistung für eine bestimmte Arbeitsleistung bezahlt wird, sich aus dem Schuldverhältnis jedoch die Verpflichtung zur Gewährleistung der *custodia* ergibt, eine daraus herzuleitende Haftung aber ein Verschulden voraussetzt⁸⁵.

Wir sind entgegen den Ansichten der erwähnten Verfasser der Meinung, daß dieser Text sich nicht nur auf die Verwahrung als ein primäres Rechtsverhältnis bezog. Er erstreckt sich auch auf den Fall, in dem der Vertragsgegenstand die Verrichtung einer Arbeit war und die Sache der anderen Vertragspartei danach zu demjenigen gelangte, der die Arbeit verrichten sollte. Wir haben kaum eine Quelle gefunden, in der von einer ausdrücklichen Vereinbarung einer Verwahrungspflicht die Rede ist, abgesehen von den erwähnten Fällen des *horrearius* (D. 19.2.55 pr. – D. 19.2.60.6 – D. 19.2.60.9 – C. 4.65.1 – C. 4.65.4 – Coll. 10.9) und des Müllers, der einen Sklaven zur Verwahrung übernahm (D. 16.3.1.9). Von den beiden Fallkonstellationen war nur die Tätigkeit des *horrearius* ständigen Charakters. Hätte Gaius bei obigem generalisierenden Satz an diesen Fall gedacht, so hätte er darauf sicherlich auch hingewiesen. Aus dem Text geht nur hervor, daß, soweit für die Verwahrung einer Sache einer anderen Person Geld bezahlt wurde, die *custodia*-Haftung besteht. Waren zum

⁸² SCHULZ, Roman Law, S. 547 ist der Meinung, daß die Partei, die eine Sache von der anderen erhielt – mag sie im Vertrag *locator* oder *conductor* genannt werden –, auch für die *custodia* hafte.

⁸³ ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 240ff. führt aus, daß die *custodia*-Haftung nur beim Werkvertrag in Betracht kommen könne, bei der *l.c. operarum* aber nicht.

⁸⁴ ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 231ff. MAYER-MALY, Locatio, S. 203ff., sowie DE ROBERTIS, Receptum nautarum, S. 37, Anm. 34.

⁸⁵ MACCORMACK, SZ 89 (1972), S. 203ff.

Zwecke der Arbeitsverrichtung Sachen des Arbeitgebers, also der Gegenstand, an dem die Verrichtung vorzunehmen war, Arbeitsmittel oder die zu befördernden Güter usw., zu der dienstleistungspflichtigen Person gelangt, so war diese verpflichtet, jene zurückzugewähren. Sie erhält den Arbeitslohn – mit Ausnahme des Eintritts von *vis maior* – erst nach der Rückgabe der Gegenstände. Hatte sie ein eigenes Interesse an der Leistung, so war sie auch verpflichtet, das Vertragsobjekt aufzubewahren. Gaius hat an den Fall gedacht, in dem der *conductor* oder der *locator* eine Leistung erbracht hat, indem er eine Arbeit verrichtete und den Gegenstand verwahrte. Deshalb kommt dieser Person die *merces* zu (darauf weist auch Gaius Inst. 3.206 hin). Gaius unterscheidet nicht zwischen *locator* und *conductor*, sondern nach seiner Konzeption haftet, wer für die Verwahrung Geld bekommt, sei er *locator* oder *conductor*, für *custodia*.

Im Falle der *l.c. operarum* ist die Regel des Gaius anzuwenden, soweit der Arbeiter mit Arbeitsgeräten des Arbeitgebers arbeitete. Sind diese verlorengegangen, so soll der daraus entstandene Schaden ersetzt werden⁸⁶. Der Ursprung des Textes aus der klassischen Periode unterliegt keinem Zweifel. Im Text ist nur eine Interpolation zu finden, die den Sinn des Textes nicht ändert⁸⁷.

Nach dem Vergleich dieses Textes mit dem Text der kaiserlichen *constitutio* (C. 4.65.28) können wir als ein allgemeines Ergebnis feststellen, daß bei der *locatio conductio* die interessierte verwahrungspflichtige Partei sowohl in Fällen der *l.c. operis* als auch in denen der *l.c. operarum* mit der *custodia*-Haftung belastet ist.

Das Problem der *custodia*-Haftung und der *iniuria* wird in folgendem Ulpiantext angesprochen:

Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est (D. 19.2.41).

Ulpian führt im obigen Text zwei entgegengesetzte Meinungen darüber an, wie sich die Lage des *custodia*-Verpflichteten gestalte, wenn der Schaden die Folge einer *iniuria* sei. Nach der Meinung Iulians könne der Verwahrer dann nicht verantwortlich gemacht werden, wenn er der *iniuria* nicht entgehen konnte. Nach Marcellus könne hingegen die Haftung des Verwahrers festgestellt werden; denn entweder wäre der Schaden vermeidbar gewesen, oder aber er war vom Verwahrer selber verursacht. Die gegensätzlichen Meinungen spiegeln gut die Unsicherheit wider, die in der Rechtswissenschaft der klassischen Periode über die Frage herrschte, ob der *custodia*-Verpflichtete nur für den durch Diebstahl verursachten Schaden haftet oder auch im Falle der durch andere Umstände von anderen herbeigeführten Schäden. Selbst Ulpian ist in dieser Entscheidung unsicher, obwohl er zur Ansicht neigt, daß die

⁸⁶ PÓLAY, A. *dációi* . . ., S. 188.

⁸⁷ ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 104 und NÖRR, SZ 82 (1965), S. 71.

Sachbeschädigung aus dem Haftungsbereich des Bewahrers auszuschließen sei. Er verwirft aber auch die Meinung von Marcellus nicht, als er bemerkt, daß *quae sententia Marcelli probanda est*. Wir können diese Quelle infolge der darin feststellbaren Interpolationen als eine Quelle zweifelhaften Wertes einschätzen. Diese Veränderungen wurden von KUNKEL und HAYMANN sowie von VÁZNY überzeugend nachgewiesen⁸⁸. Hingegen können wir uns stärker auf die Quellen stützen, die die Befreiung von der *custodia*-Haftung durch den Nachweis der *vis maior* ermöglichen (C. 4. 65.28 – C. 4.65.1 und Coll. 10.9 usw.). In dieser Frage pflichten wir KASER bei, nach dessen Meinung der typische Fall der *custodia* das Entstehen für den durch den Diebstahl verursachten Schaden sei, aber darüberhinaus der Verwahrer auch für andere Schäden haften soll, die sich nicht aus seinem Verschulden ergeben und hinsichtlich derer er sich nicht durch die Berufung auf „höhere Gewalt“ entlasten könne⁸⁹.

Dieser Satz wird von Gaius klassisch so formuliert:

Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur (D. 4.9.5.1).

Wir messen diesem Text eine viel größere Bedeutung zu als dem in D. 19.2.41 enthaltenen Text. Hier wird die *custodia* von Gaius auch auf die Sachbeschädigung erstreckt.

Im Laufe der bisherigen Untersuchungen haben wir zu erkennen versucht, inwiefern die Person, in deren Besitz die Sachen anderer sind und die an diesem Rechtsverhältnis interessiert ist, für die Verwahrung dieser Sachen haftet.

Einen weiteren Hinweis darauf gibt uns Ulpian D. 47.2.14.16:

Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. Et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere: condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.

Der Ausdruck *omnibus, quorum periculo res alienae sunt*, bringt uns zu der Überzeugung, daß bei der *l.c.* der Verwahrer mit einer Haftung belastet wird;

⁸⁸ Der Text wird an mehreren Stellen von KUNKEL, SZ 45 (1925), S. 270, Anm. 2 sowie von LENEL, EP³, S. 75 für interpoliert gehalten. Der Textteil *quam enim . . . debet* wird von HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 194ff., der Satz *qua enim . . . possit* von VÁZNY, Annali Palermo 12 (1926), S. 107 als interpoliert angesehen. F. SCHULZ, Einführung in das Studium der Digesten (Tübingen, 1916), S. 36ff. sieht den Text vom Wort *interdum* bis zum Ende als das Ergebnis einer Interpolation an.

⁸⁹ KASER, RPR, I², S. 506f. Vgl. noch SCHULZ, SZ 32 (1911), S. 23ff., KNIEP, Gai. Institutionum, III, 2, S. 486 und F. M. DE ROBERTIS, La legittimazione attiva nell' *actio furti*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Bari, n.s. 10 (Bari, 1949), S. 55 und 93.

denn nur diejenigen erhalten die *actio furti*, die in einem solchen Verwahrungsverhältnis sind. Die Originalität der Quelle wurde von mehreren in Abrede gestellt⁹⁰. Unseres Erachtens besteht aber zu Zweifeln an der Echtheit der Quelle kein überzeugender Grund. Was hätte die Kompilatoren veranlassen sollen, die Grundvoraussetzungen der *custodia*-Haftung der klassischen Periode so verständlich zu umreißen? Für die Kompilatoren gilt es eben doch als charakteristisch, daß sie die mit der *custodia* verbundenen Fälle vollständig verändern und sogar bemüht sind, den *custodia*-Begriff der klassischen Periode vollständig aus den Quellen zu tilgen!

Wir führen hier als ein Beispiel dafür den Text der Inst. 3.24.5 an:

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet. Quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. Mortuo conductore intra tempora conductionis heres eius eodem iure in conductionem succedit.

Die byzantinischen Kodifikatoren fordern also vom *conductor* Verwahrung unter Beachtung der größten Sorgfalt eines ordentlichen Familienvaters, d. h. derjenigen Sorgfalt, die ein solcher gewöhnlich in seinen eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt. Sie identifizieren die *custodia* mit der Haftung des *diligentissimus pater familias*, und deshalb könne derjenige, der eine Sache aufzubewahren habe, nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß diese trotz der Beachtung dieser Sorgfalt aufgrund irgendeines Zufalls untergeht. Die Ausdrücke *custodia talis*, *diligentissimus pater familias*, *suis rebus adhibet* sind byzantinische Konstruktionen, die etwas ganz anderes ausdrücken als die klassische *custodia*⁹¹. Aus dem Vergleich beider Texte kann der klassische Charakter des Textes D. 47.2.14.16 verhältnismäßig eindeutig festgestellt werden. Wir bestreiten zwar nicht, daß im Text einige Worte interpoliert wurden; diese ließen dessen Eigenart aber unberührt. An dem Text der Inst. 3.24.5 kann das grundsätzliche Bemühen der justinianischen Kompilation festgestellt werden, den klassischen *custodia*-Begriff im Bereich der *locatio conductio* durch den Haftungsmaßstab des *diligens pater familias* zu ersetzen.

Gemäß D. 13.6.5.15, worin ein dem Ediktskommentar Ulpians entnommener Text enthalten ist, besteht die Haftung für den *dolus*, die *culpa*, die *diligentia* und die *custodia*.

⁹⁰ So z. B. HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 221, Anm. 3 und S. 248, ferner KNIEP, Gai. Institutionum, III, 2, S. 508 und 552.

⁹¹ MARTON, Zivilrechtl. Haftung, S. 6, sowie KUNKEL, SZ 45 (1925), S. 266ff. – Vgl. noch G. MARTON, Bonus pater familias, aus: Kecskemét. Sonderabdruck aus der bei der Gelegenheit des hundertjährigen Bestehens der Rechtsakademie zu Kecskemét herausgegebenen Festschrift (Kecskemét, 1932), S. 15ff.

Verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectum me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio.

Die *diligentia* wird von den Kompilatoren fälschlich neben die *custodia* gestellt. Es wurde schon von KUNKEL bewiesen, daß die klassische *custodia*-Haftung von Justinians Kodifikatoren meistens durch die Haftung für *diligentia* ersetzt wurde⁹². Hier steht aber beides nebeneinander. Der Text ist so vollständig sinnlos, und daher wird dieser Textteil vom Schrifttum allgemein für interpoliert gehalten⁹³. Die Bestrebungen der Kompilatoren, eine einheitliche Konzeption der *custodia*-Haftung durchzuführen, waren nicht in jedem Falle erfolgreich, so daß der Begriff *custodia* in den Quellen in stark variierender Bedeutung verwendet wird. Dessen ungeachtet vermögen wir festzustellen, daß in der klassischen Periode bei der *l.c. operis* und *operarum* der interessierte verwahrungspflichtige Schuldner für *custodia* einzustehen hatte, seine Haftung also auch den Bereich des *casus minor* umfaßte⁹⁴.

Um Grenzfragen klarzustellen, scheint es hier angebracht zu sein, auch die Haftung des Arztes zu prüfen. Wie von KASER bewiesen wurde, ist es nicht ausgeschlossen, die Tätigkeit des Arztes im Rahmen der *locatio conductio* zu behandeln⁹⁵. Es bleibt noch dahingestellt, ob es sich bei der Tätigkeit des Arztes um einen Fall der *l.c. operis* oder der *l.c. operarum* handelt⁹⁶. Zweifellos kann die ärztliche Tätigkeit im Fall der Behandlung eines Patienten nicht als eine ununterbrochene Arbeitsverrichtung qualifiziert werden. Bei dieser Tätigkeit handelt es sich auch nicht um die Herbeiführung eines typischen Arbeitsergebnisses (z. B. die Heilung eines Kranken). Die Arbeit des Arztes befindet sich irgendwo

⁹² KUNKEL, SZ 45 (1925), S. 320ff.

⁹³ Diejenigen, die sich mit diesem Text beschäftigen, haben größtenteils festgestellt, daß der Text interpoliert sei. So halten z. B. HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 219 und 234, PARIS, La responsabilité, S. 154ff., JÖRS, Röm. Recht, S. 164, Anm. 5 den Text im allgemeinen an mehreren Stellen für interpoliert.

⁹⁴ KASER, RPR, I², S. 571.

⁹⁵ Ebda., S. 569. — KASER legt in einer Rezension, die er über K. H. BELOWS Abhandlung: Der Arzt im römischen Recht, Münchner Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 37 (München, 1953) geschrieben hat, sehr überzeugend dar, daß der Abschluß der *locatio conductio* für einen freigeübten Arzt auf kein Hindernis stieß. Am Anfang durften die zu den höheren gesellschaftlichen Schichten gehörenden Ärzte eine Vergütung der Heilung zwar nur aus moralischen Gründen fordern; später aber hat sich das zwischen dem Patienten und dem Arzt bestehende Verhältnis zu einer juristischen Verbindung umgewandelt, aus der *extra ordinem* geklagt werden konnte. Die zu den niedrigeren gesellschaftlichen Schichten gehörenden Ärzte konnten hinsichtlich ihrer Tätigkeit ungehindert eine *locatio conductio* abschließen. Vgl. D. 9.2.7.8 (KASER, SZ 72 [1955], S. 395ff.).

⁹⁶ BELOW, Der Arzt im römischen Recht, S. 53; K. HELDRICH, Der Arzt im römischen Privatrecht, Jherings Jahrbücher, 52 (1940), S. 139–149 und H. SIEBER, Operae liberales, ebda., S. 161–173.

zwischen diesen beiden Polen. Sie kann sowohl als *locatio conductio operarum* aufgefaßt werden, falls er täglich dieselbe Aufgabe wahrnimmt, als auch als *l.c. operis*, falls es sich um die Behandlung von Patienten zum Zweck der Wiederherstellung der Gesundheit handelt.

Das uns zur Verfügung stehende Quellenmaterial – die von Ulpian herrührenden 'Digesten'-Texte sowie die von Justinian in die 'Institutionen' aufgenommenen Texte – behandeln die Haftung des Arztes.

Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet (D. 1.18.6.7).

Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem (D. 9.2.7.8).

Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit, sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur (D. 9.2.8 pr.).

Es kann aus den obigen Quellenstellen entnommen werden, daß die Haftung des Arztes in erster Linie im Falle der *imperitia*, der Unerfahrenheit in seinem Beruf, in Betracht kommt. Es wurde vom Arzt Erfahrung, berufliche Sachkenntnis gefordert. Der Arzt ist verantwortlich, wenn er nicht kunstgerecht operierte, keine der Krankheit angemessene ärztliche Behandlung leistete, eine schlechte Arznei anwandte oder die erforderliche Pflege versäumte⁹⁷. In diesem Fall kann er mit der *actio locati* verklagt werden. Eine Erfolgshaftung des Arztes wurde in D. 1.18.6.7 ausgeschlossen. Coll. 12.7.7 stellt auch die Haftung des bei der Behandlung nachlässigen Arztes fest, wenn der Kranke starb, sein Zustand sich verschlechterte oder er verkrüppelt wurde.

Ähnliche Feststellungen sind auch in den justinianischen Texten enthalten:

Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpa reus est (Inst. 4.3.6).

Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit (Inst. 4.3.7).

Der Arzt wurde also sowohl in der klassischen als auch in der justinianischen Periode verantwortlich gemacht, wenn er seine Arbeit nicht kunstgerecht verrichtet hatte. Die *imperitia* wurde, wie oben beim *fullo* (D. 19.2.9.5) bzw. beim Maultiertreiber (D. 9.2.8.1) schon gesehen, als *culpa* qualifiziert. Dies wird auch durch den im Text der Inst. 4.3.7 hinsichtlich der ärztlichen Tätigkeit verwendeten Ausdruck gezeigt. Gaius schreibt (D. 50.17.132), daß *imperitia culpa adnumeratur*, d. h. mangelnde Sachkunde als Fahrlässigkeit angesehen

⁹⁷ BELOW, Der Arzt im römischen Recht, S. 110–117.

werden soll. Der von Gaius stammende Text ist nicht an einen bestimmten Rechtsfall gebunden, weshalb diesem allgemeine Geltung zukommt.

In den Fällen, in denen von der handelnden Person Fachkunde erfordert wird, diese aber nicht erbracht werden kann, soll ihr Verhalten als schuldhaft qualifiziert werden; denn sie hätte wissen müssen, ob sie über die entsprechenden Fachkenntnisse verfügt oder nicht⁹⁸.

Es ist im Schrifttum auch die Ansicht anzutreffen, daß die ärztliche Behandlung *custodia* bedeute⁹⁹. Diese Ansicht wird aber von den oben besprochenen Quellen widerlegt. Auch Ulpian's Fragment (D. 50.9.1) zeigt, wie wichtig beim Arzt dessen berufliche Sachkunde war.

Die Annahme, daß es sich bei der ärztlichen Tätigkeit um einen Fall der *locatio conductio* handelt, wird auch durch den Text D. 9.2.7.8 bestätigt, wonach der Arzt *ex locato* verklagt werden kann¹⁰⁰. In D. 9.2.7 pr. sagt Ulpian, daß der Vater die Kosten, die er für die Heilung seines Sohnes aufgewendet habe, in einer Klage geltend machen könne. Diese Kosten enthalten auch das Honorar des Arztes. Die *imperitia* wird in den Quellen immer als sich in den Rahmen der *l.c.* fügende Arbeitsverrichtung erwähnt.

3. Die Verantwortung bei der *locatio conductio rei*

Wir wollen im weiteren die bei der dritten Gruppe der *l.c.*, dem Miet- und Pachtvertrag, geltenden Haftungsnormen untersuchen. Beinahe das ganze zur Verfügung stehende Quellenmaterial trägt die Spuren der Tätigkeit der nachklassischen Überarbeiter bzw. Kompilatoren in sich. Demzufolge können die klassischen und justinianischen Haftungsgrundsätze nur unter großen Schwierigkeiten ermittelt werden. Die Wissenschaft wurde deshalb bei der Analyse der Quellen oft vor unlösbare Probleme gestellt.

In diesem Bewußtsein versuchen wir, die Haftungsgrundsätze des klassischen Rechts, d. h. des zur Zeit des Prinzipats geltenden, aufzudecken. Obgleich wir die Einheit der *l.c.* betonen, wollen wir darauf hinweisen, daß außer den bei allen drei Arten der *l.c.* zur Anwendung kommenden Haftungsgrundsätzen (D. 13.6.5.2 und D. 50.17.23) in Einzelfragen von den kasuistisch denkenden Klassikern abweichende Lösungen entwickelt wurden. Es treten, genauer gesagt, bei der *l.c. rei* andere Haftungsprobleme auf als bei den in den vorangegangenen Untersuchungen behandelten beiden Unterarten. Es haben die Klassiker ja nie auf dem allgemeinen Grundsatz bestanden, sondern sie haben ihre Stellungnahmen zu den einzelnen Fällen lediglich unter Berücksichtigung der allgemeinen Prinzipien ausgestaltet. Sie haben nicht Grundsätze durchgesetzt, sondern Probleme gelöst. Ihre Haftungskonzeption kann natürlich durch den Vergleich der abweichenden Einzelfälle aufgedeckt werden.

⁹⁸ KASER, RPR, I², S. 509; ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 188 ff.

⁹⁹ WIEACKER, SZ 54 (1934), S. 47; LUZZATTO, Caso fortuito, S. 189; DE ROBERTIS, Rapporti, S. 168.

¹⁰⁰ KASER, SZ 72 (1955), S. 400.

KASER¹⁰¹ meint, für den Anwendungsbereich der *l.c. rei* die Haftung der *locator*es zunächst aufgrund der in den Texten D. 19.2.7 – 19.2.9.3 – 19.29 pr. – 19.2.28.2 – 19.2.30 pr. – geschilderten Fälle feststellen zu können. Es wurde dem *conductor* den genannten Texten zufolge dem *locator* gegenüber wirklich die *actio conducti* gewährt. In den betreffenden Texten handelt es sich aber immer um Fälle, in denen das *frui licere* vom *locator* – aus verschiedenen, meist nicht einmal bezeichneten Gründen – dem *conductor* nicht gewährt worden ist. Zwar halten wir es für richtiger, dieses Thema aus dem Problembereich der Verantwortlichkeit auszunehmen und bei den Garantieverpflichtungen zu besprechen¹⁰²; es handelt sich aber zweifellos um einen Grenzfall, der in beiden Bereichen vorkommen mag. Die Konzeption unserer Untersuchungen erfordert jedoch die Behandlung dieser Texte im Bereich der Haftung.

Aus den bezeichneten Texten wollen wir zwei hervorheben; denn ihre Untersuchung ist geeignet, daraus für die Frage der Haftung des *locator* nützliche Schlußfolgerungen abzuleiten.

Ulp. 19.2.9 pr.: *Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.*

Ulpian macht unter Berufung auf Pomponius den *locator* auch in dem Fall haftbar, in dem ein vom *locator* gutgläubig gekauftes Grundstück oder Haus durch eine dritte Person ohne eine absichtliche Unterlassung oder eine Nachlässigkeit des *locator* evinziert wurde und der Pächter oder Mieter es deshalb nicht nutzen konnte. Der Text konstatiert eindeutig die Haftbarkeit des *locator*. Fraglich ist, warum der Ausdruck *sit evictus sine dolo malo culpaque* von Ulpian so betont wird. Wir vermuten, daß Ulpian gerade betonen wollte, daß in anderen Nichtleistungsfällen der *locator* *dolus* und *culpa* zu vertreten habe, darüberhinaus aber eine von seinem Verschulden unabhängige Haftung bestehe¹⁰³.

Der Text D. 19.2.9.3, dessen letzten Satz wir untersuchen wollen, stammt gleichfalls von Ulpian.

Ulp. D. 19.2.9.3: *Si colonis praediorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locator: si vero culpa locatoris, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.*

¹⁰¹ KASER, RPR, I², S. 566 und ebda., Anm. 34, sowie DERS., *Periculum locatoris*, SZ 74 (1957), S. 157ff.

¹⁰² Ähnlich MAYER-MALY, *Locatio*, S. 156.

¹⁰³ Vgl. KASER, SZ 74 (1957), S. 168.

Der Anfang des Textes handelt von einem Verhalten des *conductor*, aufgrund dessen der *locator* von der Leistungsgefahr befreit wird. Am Ende des Textes stellt Ulpian hingegen fest, daß der *locator*, falls er durch schuldhaftes Verhalten Schaden verursacht hat, dafür zur Rechenschaft zu ziehen sei. Der letzte Satz wird von einem Teil der Forschung für interpoliert gehalten¹⁰⁴. Nach MAYER-MALY¹⁰⁵ habe der nachklassische Bearbeiter die Worte *conductor/locator* ungeschickt verwechselt. Unseres Erachtens war – ohne die Möglichkeit gewisser Textänderungen zu bestreiten – der Sinn des Originaltextes bei Ulpian¹⁰⁶ derselbe wie der des in die 'Digesten' aufgenommenen. Wahrscheinlich ist der Text von den Kompilatoren lediglich verkürzt worden. Die zwei Sätze scheinen einander deshalb ohne erklärenden Text zu widersprechen. Am Beginn des Paragraphen entscheidet Ulpian, daß der *locator* von der Leistungsgefahr befreit wird, wenn der *conductor* schuldhaft ein Feuer verursacht hat. Im übrigen könne der *locator* zur Verantwortung gezogen werden, wenn durch sein schuldhaftes Verhalten ein Schaden verursacht wurde.

Die Frage der Verantwortung des *locator* wird von Ulpian und Labeo in den Texten D. 9.2.27.34 und D. 19.2.60.7 aus anderer Richtung beleuchtet:

Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae (Ulp. D. 9.2.27.34).

Servum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus perit. Si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius negligentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret (Labeo D. 19.2.60.7).

Es wird in beiden Quellen dasselbe Problem angesprochen, nämlich, wie im Falle eines von einem vermieteten Sklaven herbeigeführten Schadens zu verfahren sei. Beide Texte sind gründlich umgearbeitet: auf die Einzelheiten werden

¹⁰⁴ Vgl. z. B. J. PARTSCH, Rez. HAYMANN (Zit. u. Anm. 115), SZ 33 (1912), S. 613; SCHULZ, ZPRG 38 (1911), S. 35.

¹⁰⁵ MAYER-MALY, Locatio, S. 195ff.

¹⁰⁶ J. A. C. THOMAS, Digest. 19.2.9.3, SZ 79 (1962), S. 334ff. bestreitet, daß dieser Text von Ulpian herrührt. Seinem Standpunkt nach stamme er von irgend einem Kompilator. Er unterstützt seine Meinung mit einer syntaktischen Analyse.

wir später noch zurückkommen. Der Sklave wurde gemietet, um ein Maultier zu treiben, doch dieses verendete infolge der Nachlässigkeit des Sklaven.

Fraglich ist, wer für den entstandenen Schaden haftet. KASER¹⁰⁷ betrachtet – aufgrund der Haftpflicht des Vermieters – den Herrn des Sklaven, den *locator*, für ersatzpflichtig.

In D. 19.2.60.7 wirft Labeo mehrere Probleme auf. Die Haftung des *locator* wird von ihm davon abhängig gemacht, auf welche Weise der Sklave vermietet worden war: Hat der Sklave sich selbst vermietet, so soll der Schaden nur in der Höhe des Betrages ersetzt werden, der infolge der Selbstvermietung des Sklaven in das Vermögen des *locator* gelangt ist. Vermietet der *locator*, so sind zwei Versionen möglich: entweder wurde der Sklave vom *locator* ausgewählt, oder er hat die Auswahl dem Mieter überlassen. Hat der *locator* gewählt, so obliegt ihm die unbegrenzte Haftung für das Verschulden des Sklaven, weil er schlecht gewählt hatte (*culpa in eligendo*)¹⁰⁸. Falls der Mieter gewählt hat, läßt sich aus dem Text nicht eindeutig feststellen, was Labeo unter *dolus* bzw. *culpa* des *locator* versteht, was hier der Vermieter dolos oder kulpos verursacht hat. Wir vermuten, daß er hinsichtlich des Sklaven etwas verschwiegen hat (z. B. daß dieser viel zu schwach, zu scheu, zu faul und deshalb kein guter Maultiertreiber sei). Aus diesen Ausführungen ist zu entnehmen, daß eine *culpa*-Haftung des *locator* für die Nachlässigkeit einer dritten Person besteht, falls er diese Person schlecht ausgewählt hat oder falls er einen zum Maultiertreiben ungeeigneten Sklaven übergeben hat. Labeo führt den von einem Sklaven verursachten Schaden immer auf ein kulposes Verhalten des *locator* zurück.

Ulpian löst unter Hinweis auf Mela die Frage viel einfacher (D. 9.2.27.34). Er untersucht, ob der zum Maultiertreiben übergebene Sklave des Maultiertreibens kundig war oder nicht. Vermietete der *locator* einen Unkundigen, so kann er zur Rechenschaft gezogen werden. Oben haben wir schon gesehen, daß die *imperitia* (Unerfahrenheit) der *culpa* gleichgesetzt wurde¹⁰⁹ (Ulp. D. 19.2.9.5 – Gai. D. 50.17.132 – Inst. 4.3.7).

Ein großer Teil des Textes von Labeo wird für interpoliert gehalten. ALBERTARIO¹¹⁰ und KUNKEL¹¹¹ bezweifeln ebenfalls die Unverfälschtheit des Textes, während er von LEVY¹¹² für echt gehalten wird. SCHULZ¹¹³ hält nur den die Selbstvermietung des Sklaven behandelnden Textteil für interpoliert. Auch MAYER-

¹⁰⁷ KASER, SZ 74 (1957), 160.

¹⁰⁸ Vgl. ebda., S. 162ff.; P. KRÜCKMANN, Versicherungshaftung im römischen Recht, SZ 63 (1943), S. 20 und MAYER-MALY, Locatio, S. 160 hingegen qualifizieren es als eine mangelhafte Erfüllung und lassen die *culpa in eligendo* entfallen.

¹⁰⁹ In unserem Text wird der Ausdruck *imperitus* von KUNKEL (vgl. JÖRS-KUNKEL, RPR³, S. 178, Anm. 30) für klassisch gehalten. Im übrigen wird die Einordnung des Begriffs *imperitia* zur *culpa* neben anderen von BESELER, Beiträge zur Kritik, IV, S. 210ff. und ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 195ff. für nachklassisch gehalten.

¹¹⁰ E. ALBERTARIO, Contributi alla critica del Digesto (Pavia, 1919), S. 19.

¹¹¹ KUNKEL, SZ (1925), S. 329.

¹¹² E. LEVY, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, I (Berlin, 1918), S. 48, Anm. 2.

¹¹³ SCHULZ, ZPRG 38 (1911), S. 51.

MALY¹¹⁴ hält den Fall der Selbstvermietung des Sklaven für das Ergebnis einer nachklassischen Umgestaltung des Textes.

Der ulpianische Text wirft weniger Probleme auf. Allein HAYMANN¹¹⁵ ist der Meinung, daß der Text nicht original sei.

Der klassische Ursprung der geprüften Texte wird von den angeführten textkritischen Ansichten bezweifelt. Dies gilt besonders für die von Labeo stammenden Texte. Es kann jedenfalls als Ergebnis festgehalten werden, daß im Falle der von einem vermieteten Sklaven herbeigeführten Schäden eine Verschuldenshaftung des *locator* gegeben ist. Dieses Verschulden bezieht sich aber auf das Verhalten bei der Auswahl des Sklaven. Die *culpa*-Haftung des *locator* läßt sich nach diesen Ausführungen feststellen. Es läßt sich aber jedenfalls nicht eindeutig entscheiden, ob diese *culpa*-Haftung schon in der klassischen Periode in Geltung kam oder erst in der nachklassischen. Aufgrund des Textes von Ulpian (D. 9.2.27.34) – wo die Bezeichnung *imperitus* von Ulpian herzurühren scheint – kann vielleicht die Feststellung gewagt werden, daß die *culpa*-Haftung des *locator* im Falle des von ihm vermieteten Sklaven sich schon in der klassischen Periode durchgesetzt hatte. Es ist aber unwahrscheinlich, daß der viel früher lebende Labeo die *culpa*-Haftung des *locator* so eingehend besprochen hätte, wie dies in den 'Digesten' zu finden ist.

Es kann aufgrund der bisher geprüften Quellenstellen sowie der die Haftung bei der *l.c.* allgemein behandelnden Texte D. 13.6.5.2 und D. 50.17.23 festgestellt werden, daß bei der *l.c. rei* der *locator* wahrscheinlich schon in der klassischen Periode für den *dolus* und die *culpa* haftete, mit Sicherheit jedoch in der nachklassischen Periode.

Bezüglich der Haftung des *conductor* stehen uns wesentlich mehr Angaben zur Verfügung. Die in D. 19.2.13.8 – 19.2.19.2 – 19.2.57 – 19.2.25.4 – 19.2.24.2 sowie in Paul. Sent. 2.18.2 befindlichen Texte weisen auf eine *culpa*-Haftung des *conductor* hin.

Ulpian zählt in D. 19.2.19.2 auf, welche Gerätschaften bei der Verpachtung eines Grundstücks dem Pächter zur Feldbestellung bzw. zur Ernteeinbringung zur Verfügung zu stellen seien. Wir sind vor allem an dem in der Mitte befindlichen Abschnitt interessiert.

Ulp. D. 19.2.19.2.: *Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato teneatur. Et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: sed et praelum vitiatum dominum reficere debere. Quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum tenere . . .*

¹¹⁴ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 160, Anm. 36.

¹¹⁵ F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache* (Berlin, 1912), S. 52, Anm. 2.

Der *locator* war verpflichtet, dem Pächter zur Weinkelterung und Ölpresung eine im guten Zustand befindliche Presse zu übergeben. War das Gerät schlecht, so hatte er es vorher verbessern zu lassen. Wird hingegen die Presse der Nachlässigkeit (*culpa*) des Pächters wegen unbrauchbar, so kann dieser *ex locato* verklagt werden. Ulpian spricht im Falle der an den für die Bestellung des Pachtgutes notwendigen Produktionsmitteln herbeigeführten Schäden eindeutig von einer *culpa*-Haftung des *conductor*. Der Text scheint unbestreitbar klassisch zu sein. Daraus läßt sich auch ersehen, daß wir nicht unbedingt richtig vorgehen, wenn wir bei einer Textuntersuchung auf den Begriff der *culpa* stoßen und sofort eine nachklassische Überarbeitung argwöhnen. Dieser Textteil stammt ganz zweifellos von Ulpian, und dies ist auch bei der Untersuchung anderer einschlägiger Texte anzunehmen.

Paulus behandelt in D. 19.2.24.2 den Fall der Vernachlässigung einer Pächterpflicht:

Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere.

Hat der Mieter bzw. Pächter die für fünf Jahre vermietete Wohnung oder den verpachteten *fundus* verlassen bzw. vernachlässigt, so kann der *locator* gegen ihn vorgehen. Der Sinn des Textes ist in der Bedeutung des Wortes *deseruerit* zu suchen. FINÁLY¹¹⁶ Meinung nach ist die Grundbedeutung dieses Wortes „verlassen“, es kann aber auch „Pflichtversäumnis“, „Pflichtvernachlässigung“ bedeuten. In unserem Text kann die Bedeutung des Ausdrucks *deseruerit habitationem vel fundi culturam* hinsichtlich des *fundus* keine andere sein als „Vernachlässigung der Ackerbestellung“. Und dies bedeutet, daß der *colonus* (Bodenpächter) – wenn er die Bodenbestellung vernachlässigt oder nicht sorgfältig verrichtet – verklagt werden kann, d. h. für sorgfältige Bodenbestellung einzustehen hat¹¹⁷.

Der unter Paul. Sent. 2.18.2 befindliche Text handelt gleichfalls von einem Pächter, der seine Pflicht zur Bebauung eines Ackers schuldhaft versäumt:

Fundi deterioris facti et culturae non exercitatae et aedificiorum non refectorum culpa arbitrio iudicis domino a conductore sarciri potest.

Der Tatbestand ist, daß der Pächter das Feld unzureichend bestellte, worunter die Fruchtbarkeit des Feldes litt. Er hat ein Gebäude nicht in Ordnung gehalten, wodurch dieses Schaden nahm. Könnte ein Verschulden des Pächters festgestellt werden, sagt der Verfasser der Sentenz, so habe dieser den Schaden

¹¹⁶ H. FINÁLY, A latin nyelv szótára (Budapest, 1884: Wörterbuch der lateinischen Sprache), S. 586.

¹¹⁷ Vgl. MAYER-MALY, Locatio, S. 177, sowie E. COSTA, La locazione di cose (Torino, 1915), S. 56ff.; G. LONGO, Sulla disciplina Giustiniana della locatio conductio, in: Studi in onore di B. Biondi, II (Milano, 1965), S. 306. Er hält den ganzen Text für interpoliert.

zu ersetzen bzw. die Reparaturen durchzuführen. Den Paul. Sent. nach ist der *conductor* im Falle eines kulpösen Verhaltens verantwortlich¹¹⁸.

Auch Javolen (D. 19.2.57) beschäftigt sich unter Verweis auf Labeo mit den sich in einem Miet- und Pachtverhältnis ergebenden Schäden:

Qui domum habebat, aream iniunctam ei domui vicino proximo locaverat: is vicinus cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius quam fundamenta caementicia locatoris erant congestit, et ea terra adsiduis pluviis inundata, ita parietis eius qui locaverat umore praestituto madefacto, aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed umor ex ea congestione postea damno fuerit, damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit, per quae, non extrinsecus alia causa oblata, damno quis adfectus est: hoc probo.

Jemand hat wahrscheinlich zur Durchführung eines Bauvorhabens ein zwischen dem Baugrundstück und dem Nachbarhaus gelegenes Grundstück seines Nachbarn gemietet. Im Laufe der Bauarbeiten hatte er auf das gemietete Grundstück neben das Haus des Nachbarn Erde tragen lassen. Der ständige Regenfall hat die Erde und diese wiederum später die Mauer des Nachbarhauses so durchnäßt, daß das Haus zusammenstürzte.

Es ist unbestritten, daß der Schaden aus dem Vertragsverhältnis entstand. Das Verhalten des Mieters, das Aufhäufen von Erde an des Nachbarn Hausmauer, ist per se noch keine Schädigungshandlung. Als aber die Mauer infolge des Regens durchnäßt zu werden begann, hätte er erkennen müssen, welche Wirkungen die nasse Erde auf die Mauer des Nachbarhauses haben kann. Ein *diligens pater familias* rechnet stets mit den Folgen der Durchnässung und beugt durch seine Umsicht einem Schaden vor. Diese Sorgfalt wurde vom *conductor* versäumt. Labeo hält den Schaden nur mit der Klage aus dem Mietverhältnis der *actio locati* einklagbar. Javolen gibt hingegen auch die *actio iniuriarum*¹¹⁹. Es ist unserer Meinung nach entscheidend, daß der Schaden aus einem Vertragsverhältnis herrührt und seine Ursache das kulpöse Verhalten des *conductor* ist. Damit wird auch dessen Haftung begründet.

Die bisher besprochenen, die Haftung des *conductor* betreffenden Texte waren so gut wie interpolationsfrei oder wiesen doch nur unbedeutende Textänderungen auf. Von den jetzt zu untersuchenden Texten hingegen kann dies nicht behauptet werden. Sie sind für uns eben deshalb problematisch.

Ulp. D. 19.2.13.8: *Si quis mensuras conduxerit easque magistratus frangi iusserit, si quidem iniquae fuerunt, Sabinus distinguit, utrum scit conductor an non: si scit, esse ex locato actionem, si minus, non. Quod si aequae sunt, ita demum eum teneri, si culpa eius id fecit aedilis. Et ita Labeo et Mela scribunt.*

¹¹⁸ Ähnlich KASER, RPR, I², S. 567, Anm. 43. — Vgl. ferner MAYER-MALY, Locatio, S. 181.

¹¹⁹ MAYER-MALY, Locatio, S. 179. Bei der Prüfung des Textes wird als Schlüsselfrage betrachtet, welche *actio* erhoben werden kann.

Ulpian bespricht gewisse Fälle, in denen Waagen vom *conductor* gemietet wurden. Diese Waagen waren aber falsch, weshalb ihre Vernichtung von der Behörde verfügt wurde. Die Frage ist, ob der *conductor* haftbar ist. Sabinus unterscheidet danach, ob der Mieter wußte, daß die Waagen falsch waren, oder nicht. Wußte er davon, so ist er verantwortlich; wußte er es nicht, so ist er nicht verantwortlich. Waren die Waagen nicht falsch, aber der *conductor* wird dennoch vom Ädil für kulpos gehalten, so haftet jener dem *locator* (aus dem Text geht nicht hervor, worin die *culpa* des *conductor* besteht).

Wir halten es für wahrscheinlich, daß mit der Waage eine Handelstätigkeit verfolgt wurde und diese deshalb unter eine behördliche Kontrolle fiel. Es ist allgemein bekannt, daß Kaufleute mit kleinen Manipulationen (z. B. falschen Messungen) ihren Nutzen zu mehrten suchten. Dies geschah sicherlich auch hier bei der Benützung der falschen Waagen. So war das Verhalten des *conductor* offensichtlich dolos, seine Haftung ist auch unbestreitbar. Das Ende des Textes ist aber nicht ganz verständlich. Die Waagen sind gut, der *conductor* wird vom Ädil dessenungeachtet für schuldhaft gehalten. Hier wurde im Laufe der Überarbeitung des Textes etwas ausgelassen, und dies führte zu einem logischen Widerspruch. HAYMANN und PRINGSHEIM halten den ganzen Paragraphen für interpoliert¹²⁰. Es geht aber daraus auf alle Fälle hervor, daß bei der *l.c. rei* die Verschuldenshaftung des *conductor* von dem Kompilatoren als wesentlich angesehen wurde¹²¹.

MAYER-MALY¹²² beanstandet die Haftbarkeit des *conductor*, wenn dieser von dem *locator* eine schlechte Waage erhalten habe. Außerdem wirft er zahlreiche Probleme auf, die dem Text nicht entnommen werden können. Wir halten es für wahrscheinlich, daß die Waage beim *conductor* im Laufe des Gebrauchs schadhaft geworden ist. Unseres Erachtens kann dieser Fall nicht dem Bereich der Gefahrtragung zugeordnet werden.

Auch der unter D. 19.2.25.4 befindliche Text von Gaius ist stark interpoliert¹²³:

Culpaе autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit.

Wenn ein Nachbar infolge eines feindseligen Verhaltens des Pächters Bäume fällt, gilt dies als *culpa* des Pächters. Der logische Gedankengang ist einleuchtend; denn wenn der Pächter mit dem Nachbarn nicht in Feindschaft lebte, träte der Schaden nicht ein. Das heißt, der Pächter hätte mit größerer Sorgfalt die Folgen seines Verhaltens voraussehen können. Nach BIONDI waren die Überarbeiter des Textes von der christlichen Lehre beeinflusst¹²⁴. Aus dem Text selbst ist dies kaum

¹²⁰ HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 245, Anm. 2., sowie S. 351 ff. Vgl. noch DERS., Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht, SZ 41 (1920), S. 75 ff.; F. PRINGSHEIM, Beryt und Bologna, in: Festschrift für O. Lenel (Leipzig, 1923), S. 235.

¹²¹ Vgl. TH. MAYER-MALY, Haftung aus Miete nach Staatsunrecht, SZ 74 (1957), S. 367.

¹²² Ebda., S. 367 ff.

¹²³ G. BESELER, Miscellanea, SZ 44 (1924), S. 369 hält den ganzen § für interpoliert.

¹²⁴ B. BIONDI, Il diritto romano cristiano, II (Milano, 1952), S. 80 und 125.

zu entnehmen, und es scheint mehr dafür zu sprechen, daß eine solche Konstruktion der Haftung das Ergebnis eines spekulativen, auf dem Einfluß der griechischen Philosophie beruhenden Denkens sei¹²⁵.

Im weiteren untersuchen wir einige Stellen, in denen der Schaden nicht vom *conductor* verursacht wurde, sondern von dessen Hausangehörigen (Sklaven, Angehörigen, Gästen usw.). Betrachten wir hierzu zunächst den von Alfien stammenden Text D. 19.2.30.4¹²⁶:

Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. Non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.

LÜBTOW¹²⁷ unterwirft den Text einer radikalen Kritik. Er überprüft den ganzen Paragraphen beinahe Wort für Wort, um danach den von ihm für richtig gehaltenen Text zu rekonstruieren¹²⁸. Unserer Meinung nach kann aber der so produzierte Text keineswegs der Originaltext sein, ganz zu schweigen davon, daß er sich von dem aufgeworfenen Problem entfernt. Nach unserer Auffassung¹²⁹ trifft der Standpunkt von MAYER-MALY¹³⁰ und VICKY¹³¹ zur Frage der Textveränderungen das Richtige, wonach der ursprüngliche Inhalt des Textes durch gewisse Modifikationen nicht verfälscht wurde.

Inhalt der an Alfien gerichteten Frage ist, ob der Mieter haftet, wenn sein Sklave das Landhaus aufgrund eigenen Verschuldens niedergebrannt hatte. Im Vertrag war nämlich besonders vereinbart worden, daß der Mieter verpflichtet sei, das Vertragsobjekt – abgesehen vom Fall der *vis extraria* bzw. des natürlichen Verschleißes – unversehrt zurückzugeben. Es ergibt sich also die Frage, ob der Brand des Landhauses zu den Ausnahmen gehört. Die Entscheidung ist klar: Das Verhalten des Sklaven gilt nicht als eine von außen kommende, unvermeidbare Ursache¹³². Der Begriff *praeter vim* kann das Verhalten des Sklaven des Mieters nicht enthalten. Es wurde von LÜBTOW¹³³ richtig festgestellt, daß unter diesen

¹²⁵ Vgl. COSTA, La locazione, S. 58ff.

¹²⁶ Der Meinung von U. LÜBTOW, Die Haftung des Pächters nach D. 19.2.34, in: Studi in onore di E. Betti, III (Milano, 1962), S. 369 zufolge wurde der Rechtsfall zur Begutachtung dem Servius oder Alfienus übergeben. Es läßt sich nicht sicher feststellen, wer das *responsum* gegeben hat. Vgl. L. WENGER, Die Quellen des römischen Rechts, Österreichische Akademie der Wissenschaften, Denkschriften 2 (Wien, 1953), S. 484, Anm. 10.

¹²⁷ LÜBTOW, Haftung, S. 372ff.

¹²⁸ Ebda., S. 373.

¹²⁹ S. SOLAZZI, Miscellanea, Archivio giuridico 94 (1925), S. 83ff.; DE MEDIO, BIDR 20 (1908), S. 160, Anm. 3 und F. KNIEP, Societas publicanorum, I (Jena, 1896), S. 135.

¹³⁰ Eher annehmbar ist die Meinung von MAYER-MALY, Locatio, S. 190 hinsichtlich einer Textabänderung.

¹³¹ K. VISKY, La responsabilité dans le droit romain à la fin de la republique, RIDA 3 (= Mél. F. de Visscher, II [Bruxelles, 1949]), S. 472ff.

¹³² Übereinstimmend MAYER-MALY, Locatio, S. 190 und LÜBTOW, Haftung, S. 372.

¹³³ LÜBTOW, Haftung S. 372 legt auch noch dar, daß – falls man unter Gewalt die *domestica*

Begriff nur die von außen einwirkenden gewaltsamen, unvermeidbaren Ereignisse zu subsumieren sind, also z. B. Blitzschlag, Sturm oder Erdbeben usw. Der Mieter haftet im Sinne der von den Parteien in den Vertrag aufgenommenen Klausel nur im Falle der von außen einwirkenden unvermeidbaren Schäden nicht. Die richtige Auslegung des Textes *in corruptam redderet praeter vim et vetustatem* ist nach MAYER-MALY¹³⁴ und LÜBTOW¹³⁵ die, daß dem Mieter und dem Pächter außer der *culpa*-Haftung auch eine Garantieverpflichtung hinsichtlich der Rückgabe der Sache obliege. Ohne über diesen übereinstimmenden Standpunkt debattieren zu wollen, bemerken wir hierzu nur, daß diese Vereinbarung nichts anderes ist als die Erweiterung der Haftung des *conductor* auf den *casus minor*¹³⁶. Obwohl dieses Problem im Rechtsfall nicht direkt aufgeworfen wird, folgt aus dem Ausdruck *in corruptam redderet praeter vim et vetustatem* die obige Feststellung. Im Verlauf unserer Erörterungen haben wir mehrmals gezeigt, daß die Person, in deren Besitz sich Sachen der Gegenpartei befinden, für alle Schäden, einschließlich der durch Diebstahl verursachten¹³⁷, einzustehen hat, es sei denn, diese Schäden beruhen auf einer unwiderstehlichen Gewalt. Erinnert sei hier nur an den Fall des *fullo* und des *sarcinator*. Im Grunde sagt auch dieser Fall nichts anderes, obwohl von Alfens andere Probleme behandelt wurden.

Dagegen kann man mit einigem Recht einwenden, warum dies, wenn es sich nicht um eine Garantievereinbarung handele, in den Vertrag besonders aufzunehmen war, wenn der *conductor* für den *casus minor* doch ohnehin haftet. Die *custodia*-Haftung des *conductor* hatte sich zu Alfens Zeit noch nicht durchgesetzt. Sie wurde erst durch die Klassiker (besonders Gaius) klar ausgearbeitet. Überdies waren die Parteien nicht beschränkt, in den Vertrag eine Bedingung einzufügen, die mit den allgemeinen Grundsätzen übereinstimmt¹³⁸. Aus dem Text von Alfens ergibt sich auch die Haftung des *conductor* im Falle der von seinem eigenen Sklaven herbeigeführten Schäden. Nach Ansicht WATSONS¹³⁹ entspricht Alfens Text der traditionellen Entscheidung zur Haftung für Gehilfen.

vis verstanden hätte – man zum absurden Ergebnis gelangen würde, daß der Mieter für die Handlungen seiner Hausleute nicht gehaftet hätte.

¹³⁴ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 190.

¹³⁵ LÜBTOW, *Haftung*, S. 372.

¹³⁶ Vgl. Cato, *De agri cult.*, 144,6, im Zusammenhang mit der Zurückgabe der Leitern, sowie PÓLAY, *A dáciai* . . . S. 188.

¹³⁷ KUNKEL, *SZ* 45 (1925), S. 268ff.; G. MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, *RIDA* 3 (= *Mél. F. de Visscher*, II [Bruxelles, 1949]), S. 188ff.; DERS., *Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia*, *Iura* 7 (1956), S. 124ff.; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens*, *SZ* 73 (1956), S. 70ff.; KASER, *RPR*, I², S. 506.

¹³⁸ Selbst heute ist es kein seltener Fall, daß die Parteien in den Text der Verträge die jeweiligen dispositiven Normen und der Natur des Vertrags entsprechende Klauseln aufnehmen. So ist der Ausdruck *suas operas sanas valentes edere debebit* (*CIL* III, p. 948f.; *FIRA* III, S. 467f.: t. IX–XI) natürlich, denn der Arbeitgeber fordert von allen Arbeitern eine tüchtige Arbeit.

¹³⁹ A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford, 1965), S. 118ff.

Die Haftung des *conductor* im Falle der durch den Sklaven bzw. einen anderen Angehörigen des *conductor* schuldhaft verursachten Schäden wird von Ulpian D. 19.2.11 pr. am allgemeinsten gefaßt¹⁴⁰:

Videamus, an et servorum culpam et quoscumque induxerit praestare conductor debeat? Et quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat an vero suo nomine teneatur? (Et adversus eos quos induxerit utrum praestabit tantum actiones an quasi ob propriam culpam tenebitur?) Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit praestet suo nomine, etsi nihil convenit (si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites), et ita Pomponius libro sexagesimo tertio ad edictum probat.

Die Aussage des Textes ist, daß der *conductor* für alle Schäden, die von seinen Sklaven, Hausleuten und Gästen schuldhaft verursacht wurden, ebenso haftet, als ob diese von ihm selbst schuldhaft herbeigeführt worden wären. Ulpian spricht über den Kreis derjenigen, die auf dem Grundstück im Interesse des *conductor* tätig waren oder sich mit dem Willen bzw. mit der Einwilligung des *conductor* dort aufhielten. Es handelt sich um Personen, die innerhalb des Herrschaftsbereiches des *conductor* sind. Wegen der nachklassischen Überarbeitung hat der Text zu sehr vielen Auseinandersetzungen Anlaß gegeben¹⁴¹. Der Wirklichkeit am nächsten kommt der Standpunkt von SCHULZ, wonach Ulpian innerhalb des Textes mehrere Haftungsprobleme aufwerfe (z. B. die Haftung des Sklaven, des Gastes usw.), dessen Ausführungen aber von den Überarbeitern zusammengezogen worden seien¹⁴². Der Gebrauch der Ausdrücke *quoscumque induxerit, eorum quos induxit* ist nicht eindeutig. Auf diesen können wir nur aus dem am Ende des Textes befindlichen Ausdruck *suos vel hospites* schließen. Der Text ist auch im übrigen nicht klar, was nicht dem Stil Ulpians entspricht. Der ulpianische Gedanke läßt sich aber trotz der Verkürzungen feststellen. Ulpian hatte den *conductor* für die von seinen Sklaven, Hausleuten und Gästen schuldhaft herbeigeführten Schäden verantwortlich gemacht¹⁴³. MAYER-MALY¹⁴⁴ hat zutreffend bemerkt, daß, da die noxale Haftung in dem vorliegenden Fall ausgeschlossen sei, nur die Haftung *ex locato* in Betracht komme.

So ergibt sich aus diesem Fragment die Konstruktion der Haftung des *conductor* für von bestimmten dritten Personen verursachte Schäden. Haftungsgrund sei ausschließlich die dem *conductor* obliegende Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Anleitung dieser Personen¹⁴⁵, weshalb die von diesen verursachten Schäden auf die *culpa* des *conductor* zurückzuführen seien. In diesem Zusammen-

¹⁴⁰ LÜBTOW, Haftung, S. 370.

¹⁴¹ HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 252 bestreitet die Originalität des ganzen §, während SCHULZ, ZPRG 38 (1911), S. 33ff. die Teile zwischen *videamus* – *tenebitur* und *si tamen* – *hospites* für umgestaltet hält. COSTA hält den Teil zwischen *si tamen* – *hospites* für original (La locazione, S. 56).

¹⁴² Vgl. SCHULZ, ZPRG 38 (1911), S. 33ff.

¹⁴³ Übereinstimmend LÜBTOW, Haftung, S. 371.

¹⁴⁴ MAYER-MALY, Locatio, S. 201.

¹⁴⁵ SCHULZ, ZPRG 38 (1911), S. 34.

hang wurde von MAYER-MALY sehr eingehend auseinandergesetzt, daß die für die Auswahl der dritten Person bestehende Haftung des *conductor* (die sog. *culpa in eligendo*) sich im Rahmen der *l. c.* ausgestaltet habe. Diese Haftungsform wurde schon in der klassischen Periode ausgebildet, sei aber erst bei den Nachklassikern eine herrschende Institution geworden¹⁴⁶. Wir pflichten den Darstellungen MAYER-MALYS bei, mit der Anmerkung, daß – die teilweise klassische Herkunft des hier behandelten Textes angenommen und gestützt auf die Aussagen der Quellenstellen D. 19.2.9. pr., 9.2.29.9, 19.2.30.2, die die Haftung für Dritte betreffen – auch die Annahme riskiert werden kann, daß die *culpa in eligendo* nicht erst in der nachklassischen Periode, sondern schon bei Ulpian, am Ende der klassischen Periode, eine herrschende Einrichtung wurde.

Das Problem der Haftung für eine dritte Person wird auch in den Texten D. 9.2.27.9, Coll. 12.7.7, D. 19.2.30.2, D. 9.2.27.11 und Coll. 12.7.9 behandelt. Prüfen wir zunächst einmal die Texte von D. 9.2.27.9 und Coll. 12.7.7. Zwischen diesen gibt es keine wesentlichen Unterschiede¹⁴⁷. Beide Texte stimmen beinahe Wort für Wort überein, so daß es als ausreichend erscheint, nur einen von ihnen zu besprechen.

Ulp. D. 9.2.27.9: *Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit; ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? Nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit: quid ergo est? Puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit quam in eum qui negligenter custodit, nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evagetur.*

Nur der erste und der zweite Abschnitt des ulpianischen Textes betreffen unser Thema. Nach Ulpians Darstellung war der Sklave des *conductor* am Herd des letzteren eingeschlafen, und infolgedessen brannte das ganze Landhaus nieder. Neratius sagt: War der *conductor* bei der Auswahl der Gehilfen nachlässig (*si negligens in eligendis ministeriis fuit*), so haftet er dafür. KUNKEL hält den hier wiedergegebenen Text für interpoliert¹⁴⁸, HAYMANN glaubt dagegen an seine

¹⁴⁶ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 201 ff.

¹⁴⁷ Coll. 12.7.7. Ulp. *Si forte servus, qui idem conductor est, coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit. Ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenetur? Namque qui non custodit, nihil fecit: qui recte ignem subiecit, non peccavit: quemadmodum si hominem medicus recte secuerit, sed negligenter vel ipse vel alius curaverit, Aquilia cessat. Quid ergo est? Et hic puto ad exemplum Aquiliae dandam actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit vel negligenter custodit, quam in medicum qui negligenter curavit, sive homo perit sive debilitatus est. Nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ut non evagaretur.*

¹⁴⁸ KUNKEL, SZ 45 (1925), S. 328.

Echtheit¹⁴⁹. Es scheint jedenfalls sehr verdächtig zu sein, daß der in der 'Collatio' befindliche nachklassische Text mit Ulpian's Text beinahe völlig übereinstimmt. Das Ende des § ist unbestritten eine nachklassische Überarbeitung¹⁵⁰ und als solche in ihrem philosophierenden Charakter zu erkennen. Dasselbe läßt sich vom Textteil *si forte servus, qui idem conductor est* sagen¹⁵¹, der im Unterschied zu dem von uns untersuchten Text in Collatio 12.7.7 zu finden ist. Im übrigen können wir mit völliger Sicherheit die Klassizität des Textteils, der die Haftung des *colonus* (*conductor*) für seine Gehilfen behandelt, weder behaupten noch verwerfen¹⁵². Wir neigen aber aufgrund der Kollation mit den übrigen Texten zu der Ansicht, daß dieser wirklich von Ulpian herrührt¹⁵³.

Ein ähnliches Problem wird von Alfén in D. 19.2.30.2 besprochen:

Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.

Es wurden vom *locator* Haustiere vermietet, um bestimmte Lasten zu tragen. Diese wurden aber vom Mieter mit größeren Lasten beladen und gingen infolgedessen ein. Alfén gibt dem *locator* sowohl die Klage aus der *lex Aquilia* als auch diejenige *ex locato*. Wurden die Maultiere hingegen durch eine dritte Person umgebracht (ob durch einen Sklaven oder einen Freien, läßt sich nicht ersehen), dann konnte der *conductor* nur *ex locato* verklagt werden.

Neben der Klage aus dem Mietverhältnis kann also wegen einer Sachbeschädigung auch mit der Klage aus der *lex Aquilia* vorgegangen werden. Wurde der Schaden aber durch den Gehilfen des Mieters herbeigeführt, so kann der Ersatzanspruch nur *ex locato* geltend gemacht werden. Das heißt, der *conductor* haftet aufgrund des Vertrags für die Nachlässigkeit dritter Personen¹⁵⁴.

Der Grund der Haftung ist offensichtlich der, daß der Maultiertreiber in der Hoffnung, daß die Tiere auch eine höhere Belastung ertragen, diese fahrlässig überlastet hat. Alfén hat nicht begründet, warum der *conductor* für die von einer dritten Person herbeigeführten Schäden verantwortlich ist¹⁵⁵; aber ein Vergleich mit den bisher untersuchten Texten zeigt, daß dies auch nicht notwendig war. Der Grund ist eindeutig die fahrlässige Auswahl. Es kann natürlich auch vorkommen, daß die Belastbarkeit der Maultiere vom *conductor* der dritten

¹⁴⁹ HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 253, Anm. 2.

¹⁵⁰ MAYER-MALY, Locatio, S. 199.

¹⁵¹ MAYER-MALY, Locatio, S. 199ff. legt überzeugend dar, daß die Betrachtung des Sklaven als Mieter oder die Einstufung des Mieters als Sklaven den nachklassischen gesellschaftlichen und sozialen Verhältnissen entspricht.

¹⁵² Vgl. P. KRÜCKMANN, Custodia, SZ 64 (1944), S. 21.

¹⁵³ SCHULZ, ZPRG 38 (1911), S. 33.

¹⁵⁴ WATSON, Law of Obligations, S. 236.

¹⁵⁵ D. MEDICUS, Rez. WATSON, SZ 83 (1966), S. 430.

Person nicht mitgeteilt wurde, was gleichfalls seine Nachlässigkeit beweist. Der Meinung von ARANGIO-RUIZ beipflichtend, halten wir den Text für original¹⁵⁶.

Rechtsfälle, die den hier besprochenen Fällen ähneln, werden von Ulpian in den Fragmenten D. 9.2.27.11 und Coll. 12.7.9 behandelt. Sie betreffen die Haftung des *conductor* für Schäden an Gebäuden, die er gemietet hat, die aber von seinen Sklaven bewohnt und dabei beschädigt wurden. Mit Rücksicht darauf, daß eine Überarbeitung der Texte im Schrifttum allgemein angenommen wird¹⁵⁷, halten wir es nicht für notwendig, die Texte eingehend zu analysieren; denn die bisher besprochenen Teile weisen uns den rechten Weg, was die Haftung für Gehilfen angeht. Aus diesen beiden Quellen könnten wir ein klares Bild über das klassische Recht ohnehin nicht erhalten.

Im folgenden werden wir einige Texte prüfen, die die Haftung des *conductor* aus einer anderen Richtung beleuchten. Ulpian erörtert in D. 19.2.11.1,2 – 19.2.11.4 – 19.2.13.3 die Lage, die sich aus einer Vertragsverletzung des *conductor* ergibt:

Ulp. D. 19.2.11.1 und 2: *Si hoc in locatione convenit „ignem ne habeto“ et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. Aliud est enim ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium ignem. Item prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur.*

Die Parteien haben sich darauf geeinigt, daß im Pachtgut kein Feuer entfacht werden darf. Der Pächter hat gleichwohl ein Feuer entzündet. Infolgedessen brach ein Brand aus, und der *locator* wurde geschädigt. Der *conductor* ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen. Es ergeben sich aus diesem Text zwei Regeln: Der einer Vereinbarung zuwider handelnde *conductor* haftet auch ohne eigenes Verschulden und darüberhinaus selbst für Schäden, die auf *vis maior* beruhen¹⁵⁸. Wurde der Schaden nicht durch einen Brand verursacht, so trägt ihn der *locator*. Das heißt, das Risiko eines Schadens durch *vis maior* trägt normalerweise der *locator*. Wird jedoch das im Vertrag festgelegte Verbot vom *conductor* übertreten und kann infolgedessen dann durch *vis maior* ein Schaden eintreten, so haftet der *conductor* – unabhängig davon, ob ihn hinsichtlich des Eintritts des konkreten Schadens ein Verschulden trifft oder nicht. Die Bedeutung des Textes wird durch die nachklassische Überarbeitung in gewissem Umfang gemindert¹⁵⁹. Der ulpianische Ursprung dieses Gedankens kann aber nicht in Frage

¹⁵⁶ ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*², S. 143. Ihm gegenüber hält HAYMANN, SZ 40 (1959), S. 250ff. den Text von *sed lege* ab bis zum Ende für interpoliert.

¹⁵⁷ E. ALBERTARIO, *Le azioni penali* (Pavia, 1915), S. 7 und F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* (Tübingen, 1916), S. 99, Anm. 2 halten den Textteil D. 9.2.27.11 für völlig interpoliert. Von *sed* ab bis zum Ende wird er unter anderen von COSTA, *La locazione*, S. 55, LENEL, EP³, S. 2,1,70, BESELER, *Beiträge zur Kritik*, I, S. 48 und HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 252ff. für interpoliert angesehen.

¹⁵⁸ Übereinstimmend MAYER-MALY, *Locatio*, S. 195.

¹⁵⁹ HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 238, Anm. 3 hält den ganzen § für unecht; ihm gegenüber

Es ist im Schrifttum unbestritten, daß dieser Text von Alfen stammt. So haben wir auch keinen Grund, die Annahme zu bezweifeln, daß die Ursprünge der Regel bis zum Ende der vorklassischen Periode zurückreichen und daß die Konzeption in der klassischen Periode entwickelt wurde. Alfen zählt die Pflichten des *conductor* auf und bemerkt, daß dieser niemandem das Fällen der Bäume erlauben dürfe. Er erklärt, daß der *conductor* den Bestand des Waldes zu wahren habe und es nicht nur seine Pflicht sei, gegen zufällig beim Fällen von Bäumen angetroffene Holzdiebe einzuschreiten, sondern ihm auch die Pflege und Erhaltung des Waldes obliege (*curare*)¹⁶⁸. Er ist deshalb verpflichtet, zu verhindern, daß fremde Personen Bäume fällen. Der Text wird von MAYER-MALY¹⁶⁹ so ausgelegt, daß *silvam custodire* die Pflicht des *conductor* sei. Die Nichterfüllung dieser Pflicht werde ihm als *culpa* zugerechnet.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Text Veranlassung zu gewissen Mißverständnissen gibt; Alfen selber war bei der Entscheidung nicht ganz sicher. Dies spiegelt die Passage *sed locatorem potius id videri voluisse* wider. Dabei kommt es auf den Ausdruck *potius voluisse* an. Der Verpächter legte sicher mehr Wert auf die Pflege des Waldes durch den Pächter. Wer aber ist imstande festzustellen, ob nicht die Bäume vom Dieb nur deshalb gefällt werden konnten, weil sie vom *conductor* nicht mit ausreichender Sorgfalt bewacht wurden? Im konkreten Fall kann dies nur sehr selten entschieden werden. So war es einfacher, den Pächter für die objektiv verstandene *custodia* verantwortlich zu machen.

Oben S. 628f. wurde schon der in D. 19.2.30.4 überlieferte Text des Alfenus einer Prüfung unterzogen. Wir haben dort darauf hingewiesen, daß den Parteivereinbarungen zufolge der Pächter von der Rückerstattungspflicht nur durch *vis maior* befreit wird. Danach haftet er offensichtlich auch für den *casus minor*. Dies wurde zwar von den Parteien in einem Vertrag festgelegt; aber diese Vereinbarung bezog sich nicht auf den Fall, in dem die *custodia*-Haftung gewöhnlich eingreift, den Diebstahl. Der Fall kann deshalb nicht als vertragliche Übernahme der *custodia*-Haftung angesehen werden, wenn auch *volens volens* die Haftung für den *casus minor* in den Vertrag einbezogen ist. Die *custodia* wurde nicht ausdrücklich übernommen; aus der Vereinbarung folgt sie jedoch eindeutig¹⁷⁰.

Der Text von Ulpian D. 19.2.13.7 läßt sich unter dem Gesichtspunkt der Haftung der Parteien umfassend diskutieren:

Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. Si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. Sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri.

¹⁶⁸ Übereinstimmend MAYER-MALY, Locatio, S. 202ff.

¹⁶⁹ Ebda., S. 203.

¹⁷⁰ MAYER-MALY, Locatio, S. 202 sieht im Text die ausgesprochene Übereinstimmung der Parteien betreffs der *custodia*-Haftung.

Der Text wurde von MAYER-MALY¹⁷¹ sehr eingehend analysiert, und einigen seiner Feststellungen können auch wir zustimmen. In anderer Hinsicht jedoch können wir ihm nicht beipflichten:

Nach der Ankunft des Heeres (*exercitu veniente*) flüchtet der als Gastwirt (Hotelier) tätige *conductor*. Im Gebäude wurden von den Soldaten diverse Schäden verursacht (sie haben die Ausstattung, die Fenster des Hauses und weitere Gegenstände mitgenommen). Fraglich ist, ob der *conductor* dafür verantwortlich gemacht werden kann. Zunächst einmal ist festzustellen, daß es sich um römische Soldaten handelt. Der *conductor* als *custodia*-Pflichtiger war dazu verpflichtet, das Haus mit allem Zubehör zu betreuen. Vor seiner Flucht hat er nicht einmal versucht, die ihm anvertrauten Mietobjekte zu sichern¹⁷². Der Fall kann auch so aufgefaßt werden, daß er seine Pflicht schuldhaft verletzt habe¹⁷³. Ulpian konstatiert die Haftbarkeit des *conductor* für den Fall, daß dieser ohne Vorankündigung flüchtete, es sei denn, er war nicht in der Lage, seine Flucht anzukündigen.

Labeo geht einen Schritt weiter und sagt, daß der *conductor* hätte Widerstand leisten sollen. Hätte er widerstehen können und hat dies dennoch nicht getan, so ist er haftbar¹⁷⁴. Es war unserer Meinung nach Labeo, der auf den Kern des Problems hinwies. Es handelt sich um ein durchziehendes eigenes Heer, was immer kleinere Schäden anzurichten pflegt. Die Geschädigten hätten dies zu dulden. Flüchtet aber jemand von vornherein und überläßt das Haus dem Mutwillen der Soldaten, so macht er diese geradezu darauf aufmerksam, daß Gelegenheit zur Plünderung besteht. In diesem Fall macht sich der Fliehende haftbar¹⁷⁵. Leistet er Widerstand, wenn auch ohne Erfolg, so handelt es sich um einen Fall von *vis extraria*. Dann kam er seiner Verwahrungspflicht nach und kann nicht zur Rechenschaft gezogen werden.

Wir prüfen zwei Entscheidungen von Ulpian und Paulus, die im Falle des Diebstahls dem *conductor* die *actio furti* gewähren.

Ulp. D. 47.2.14.12: *Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.*

Paul. D. 47.2.83.1: *Frugibus ex fundo subreptis tam colonus quam dominus furti agere possunt, quia utriusque interest rem persequi.*

Aus beiden Texten ist eindeutig darauf zu schließen, daß der *conductor* deshalb die *actio furti* erhält, weil er dem *locator* gegenüber für *custodia* haftet.

¹⁷¹ MAYER-MALY, SZ 74 (1957), S. 370ff.

¹⁷² LUZZATTO, Caso fortuito, S. 213.

¹⁷³ PFLÜGER, SZ 65 (1947), S. 203 und ROSENTHAL, SZ 68 (1951), S. 240ff.

¹⁷⁴ Mit dem Problem des Widerstandes beschäftigt sich D. DAUBE, *The Defence of Superior Ordens in Roman Law* (Oxford, 1956), S. 18. — LONGO, St. Biondi, II, S. 306 zufolge konnte dies im klassischen Recht nicht so sein.

¹⁷⁵ Demgegenüber hält MAYER-MALY, SZ 74 (1957), S. 371ff. die Verteidigung für aussichtslos.

gestellt werden. Ulpian bemerkt in D. 19.2.11.2 nachdrücklich, daß der *conductor* von der Wiederholung eines solchen Verhaltens Abstand nehmen soll¹⁶⁰.

Es scheint, daß der in demselben Fragment befindliche § 4 von Ulpian interpolationsfrei ist¹⁶¹:

Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur: composuit: deinde servus igne illato succendit. Ait Labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praeiuvat inferendo contra conductionem.

Ein ähnliches Problem wie die schon vorangehend besprochenen wird hier von Ulpian behandelt. Die Parteien einigten sich dahin, daß der *conductor* auf dem Gebiet des Stadthauses kein Heu aufschobern soll. Es wurde gleichwohl ein Heuhaufen aufgeschichtet. Danach brachte ein Sklave Feuer in dessen Nähe, das Heu entzündete sich, und es entwickelte sich daraus ein Brand. Labeo lehrt, daß der Pächter verpflichtet sei, den durch den Brand entstandenen Schaden zu ersetzen. Er trage nämlich die Schuld für den Brand, weil er gegen die Vereinbarung verstoßen habe.

Der Haftungsgrund ist mit dem im § 1 angeführten identisch. Der *conductor* hat die vernünftige Vertragsbedingung, in der Umgebung des Hauses keine feuergefährlichen Stoffe zu lagern, nicht eingehalten. Wegen seiner Vertragsverletzung soll er deshalb für den Schaden haften¹⁶².

Es gibt noch einen Text, der in Betracht zu ziehen ist und dessen ulpianische Herkunft keinem Zweifel zu unterliegen scheint:

Ulp. D. 19.2.13.3: *Si quis servum docendum conduxerit eumque duxerit peregre et aut ab hostibus captus sit aut perierit, ex locato esse actionem placuit, si modo non sic conduxit, ut et peregre duceret.*

Ein zur Ausbildung übernommener Sklave wurde gemietet und ohne die Einwilligung des *locator* ins Ausland mitgenommen, wo der Sklave vom Feinde erbeutet wurde. In diesem Fall ist der Mieter schadensersatzpflichtig. Zwar liegt dieser Fall an sich nicht im Haftungsbereich des *conductor*, weil der Schaden ja schließlich von einem *vis maior*-Ereignis herbeigeführt wurde. Dieser Schaden wird gleichwohl dem *conductor* angelastet, da dieser kein Recht hatte, den Sklaven ins Ausland mitzunehmen.

Wir meinen, aufgrund der drei Texte von Ulpian nachgewiesen zu haben, daß dem Standpunkt der klassischen Periode gemäß der den ausdrücklichen vertraglichen Bestimmungen zuwiderhandelnde *conductor* verpflichtet ist, den da-

nimmt aber SCHULZ, ZPRG 38 (1911), S. 35, Anm. 77 nur eine unbedeutende Textveränderung an.

¹⁶⁰ D. 19.2.11.2: *Item prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur.*

¹⁶¹ Die entgegengesetzte Meinung vertritt MAYER-MALY, Locatio, S. 197.

¹⁶² Vgl. ebda.

durch herbeigeführten Schaden zu tragen, unabhängig von seinem Verschulden und den Umständen der Beschädigung.

Im folgenden wollen wir die Quellen unter dem Gesichtspunkt prüfen, ob eine *custodia*-Haftung des *conductor* bei der *l.c. rei* nachweisbar ist. Nach KASER haftet der *conductor* bei der *l.c. rei* auch für die *custodia*¹⁶³. Bei der *l.c. rei* realisiere sich das als Voraussetzung der *custodia*-Haftung erforderliche doppelte Kriterium in jedem Fall¹⁶⁴: Hier werde eine Sache dem *conductor* zur Benützung oder Fruchtziehung übergeben, und er halte diese in seinem Herrschaftsbereich¹⁶⁵.

Wir haben nicht sehr viele Quellen, die die *custodia*-Haftung des *conductor* im Bereich der *l.c. rei* behandeln. Es ist zwar richtig, daß der Text der justinianischen Inst., 3.24.5, als eine Quelle von grundlegender Bedeutung anzusehen ist; aber die darin enthaltene Konzeption steht dem *custodia*-Begriff der Klassiker fern¹⁶⁶ und ist deshalb für die Periode des Prinzipats nicht von Bedeutung. Die Quellenstelle scheint auf eine *custodia*-Haftung hinzuweisen, welche mit der *l.c. rei* verbunden ist, die aber einen Inhalt ganz anderer Art aufweist. Die zweite der oben S. 613f. schon besprochenen, die *custodia*-Haftung bei der *l.c.* betonenden beiden Quellen C. 4.65.28 und D. 19.2.40 bezieht sich nicht speziell auf den Anwendungsbereich der *l.c. rei*, sondern mehr auf den der *l.c. operis* und *operarum*. Der Text C. 4.65.28 kann aber auch für den Bereich der *l.c. rei* als Quelle von grundlegender Bedeutung betrachtet werden. Unserer Meinung nach ist dieser Text nicht mißzuverstehen. Der *conductor* haftet stets für *custodia*¹⁶⁷.

Es kann aus dieser Konstitution entnommen werden, daß im Falle der *l.c. rei*, indem das Mietobjekt immer beim Mieter ist, die *custodia*-Haftung aufgrund dieser Verwahrung stets eingreift. Der *conductor* vermag sich nur durch den Nachweis der *vis maior* zu entlasten.

Nachfolgend unterziehen wir diejenigen Quellen einer genaueren Betrachtung, welche für den Bereich der *l.c. rei* die *custodia*-Haftung des *conductor* unmittelbar behandeln.

Alfen (D. 19.2.29) spricht über die *custodia*-Haftung des *conductor*, der einen Wald gepachtet hat:

In lege locationis scriptum erat: „redemptor silvam ne caedito neve cingito neve deurito neve quem cingere caedere urere sinito“. Quaerebatur, utrum redemptor, si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet an etiam ita silvam custodire, ne quis id facere possit. Respondi verbum sinere utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum, si quem casu vidisset silvam caedere, prohiberet, sed uti curaret et daret operam, ne quis caederet.

¹⁶³ KASER, RPR, I², S. 567. Vgl. weiterhin noch LUZZATTO, Caso fortuito, S. 201ff.

¹⁶⁴ R. BRÓSZ-E. PÓLAY, Római jog (Budapest, 1974: Römisches Recht), S. 352ff.

¹⁶⁵ KASER, RPR, I², S. 563.

¹⁶⁶ Vgl. MARTON, Zivilrechtl. Haftung, S. 6.

¹⁶⁷ KASER, RPR, I², S. 508, Anm. 42. Vgl. noch ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 130ff., sowie SCHULZ, Roman Law, S. 547.

Darauf weist der Ausdruck von Paulus *quia utriusque interest rem persequi* hin¹⁷⁶. Ulpian zählt in D. 47.2.14.14 und 15 die Personen auf, die die *actio furti* erhalten, *quia et huius custodia ad eum pertinet*.

In Verbindung mit der Haftung des *conductor* ist nurmehr eine letzte Frage zu klären, nämlich, ob der *conductor* auch für die *vis maior* haftet.

Nach MAYER-MALY¹⁷⁷ haftet der *conductor* bei der *l.c. rei* in zwei Fällen für die durch die *vis maior* herbeigeführten Schäden: erstens, wenn er dies vertraglich übernimmt, und zweitens im Falle einer Vertragsverletzung (sog. *casus mixtus*). Hinsichtlich des letzteren Falles ist dieser Standpunkt umstritten. Wie oben S. 633f. gesehen, haftet der *conductor* in der Tat auch für durch *vis maior* herbeigeführte Schäden, wenn er einen Vertragsbruch begangen hatte. Diese Vertragsverletzung ist aber immer auf seine Schuld zurückzuführen. Deshalb ist unseres Erachtens seine Haftung mit der Verantwortung für die *vis maior* nicht identisch; denn er hat nur für die infolge des schuldhaften Vertragsbruchs entstandenen Schäden aus *vis maior* einzustehen. Handelt er nicht schuldhaft bzw. vertragswidrig und tritt ein Schaden aufgrund von *vis maior* ein, so haftet er nicht dafür; denn zwischen seinem Verhalten und dem Ereignis ist kein Kausalnexus herzustellen. In dem Falle aber, in dem das Ereignis von *vis maior*-Charakter durch die schuldhafte Vertragsverletzung des *conductor* zu einem Schaden führen konnte, haftet dieser aus diesem Grunde.

Wir haben eine einzige Quelle dafür, daß der *conductor* auch für *vis maior* haftet, ohne daß ein Ursachenzusammenhang zwischen seinem Verhalten und der Möglichkeit des Schadenseintritts durch *vis maior* herzustellen ist. Der von Ulpian referierte Fall stammt aus dem 15. Buch der 'Digesten' Julians:

Ulp. D. 19.2.9.2: *Iulianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse.*

Ein Grundstück wird mit der Vereinbarung verpachtet, daß der *conductor* auch dann haften solle, wenn es durch den Eintritt von *vis maior* ruiniert wurde. Hier handelt es sich um die vertragliche Übernahme des *vis maior*-Risikos. Der *conductor* kann sich also zu seiner Entlastung nicht auf *vis maior* berufen. Das schädigende *vis maior*-Ereignis steht in keinerlei Zusammenhang mit dem Verhalten des *conductor*. Er haftet für den Schaden, weil er die Haftung übernommen hat.

¹⁷⁶ Wir sind mit MAYER-MALYS Darlegungen (Locatio, S. 213), wonach der Pächter in den Kreis der *custodia*-Haftung erst durch die Juristen der nachklassischen Periode einbezogen worden sei, nicht einverstanden. Wir können auch seiner Ansicht nicht beipflichten, daß die *custodia*-Haftung bei den Klassikern die Folge eines bei der Verwahrung aufgetretenen kulposen Verhaltens gewesen wäre.

¹⁷⁷ MAYER-MALY, Locatio, S. 193.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend möchten wir folgendes besonders hervorheben:

a) In jeder der drei Formen der *locatio conductio* hafteten die Vertragsparteien sowohl nach klassischem als auch nach justinianischem Recht für *dolus* und *culpa*.

b) In der klassischen Periode haftete diejenige Vertragspartei – sei sie nun *conductor* oder *locator* –, in deren Herrschaftsbereich im Zuge der Abwicklung des Rechtsverhältnisses Sachen der anderen Vertragspartei gelangt waren, für *custodia*. In der justinianischen Periode wurde dieser Begriff der objektiven *custodia* in eine etwas gezwungene Verschuldenshaftung umgestaltet. Die *custodia*-Haftung kann bei dem *caupo* und dem *fullo* trotzdem auch weiterhin gefunden werden.

c) Die justinianische Interpolation suchte den *custodia*-Begriff abzuschaffen und in den Quellen durch den der *diligentia* zu ersetzen. Dies betrifft auch die oben behandelten drei Arten der *locatio conductio*. Die Folge davon war, daß die Werke der klassischen Autoren umgearbeitet wurden, ohne jedoch die Aussage der Quellen eindeutig gestalten zu können. In den umgearbeiteten Quellen findet man *custodia* und *diligentia*, was die Wissenschaft oft auf Irrwege geführt hat.

d) Die typischen Beispiele der *custodia*-Haftung der klassischen Periode waren die Fälle der Haftung des Schiffers und des Flickschneiders. Außerdem ist aber auch die Haftung des Briefträgers, des eine Arbeit für eine Gruppe annehmenden Scharmeisters sowie des *horrearius* eine *custodia*-Haftung, obwohl in diesen Fällen die Quellen meistens strittig sind. Die von uns für den Schiffer und den Flickschneider aufgezeigten Haftungsregeln finden, wie die im Laufe unserer Untersuchungen gewonnenen Ergebnisse belegen, auch auf andere Tätigkeiten im Rahmen der *locatio conductio operis* Anwendung. Es kann aus diesen Fällen die allgemeine Schlußfolgerung gezogen werden, daß die *custodia* in der klassischen Periode bei der *l.c. operis* eine typische Haftungsform war. Im justinianischen Recht hingegen sind bei der Verwahrung sowohl die in objektivem Sinn benutzte *custodia* als auch die *diligentia in custodiendo* zu finden.

e) Bei der *locatio conductio operarum* kann die *custodia*-Haftung zunächst einmal aufgrund der in C. 4.65.28 sowie D. 19.2.40 überlieferten Texte festgestellt werden.

f) Die Tätigkeit des Arztes findet im Rahmen der *l.c.* statt: Haftungsmaßstab ist hier die erforderliche berufliche Sachkunde.

g) Bei der *l.c. operis* und *operarum* wird berufliche Sachkunde gefordert, bei der *l.c. operarum* überdies auch entsprechende Körperkraft. Übernahm jemand, dem es an dieser mangelte, die Verrichtung einer Arbeit, dann wurde sein Verhalten hinsichtlich dadurch verursachter Schäden als schuldhaft angesehen. Nach dem klassischen Recht standen *imperitia* und *infirmia* der *culpa* gleich.

Die Klassiker haben es bei der Behandlung der Haftung bei der *l.c. rei* mit andersartigen Sachlagen als bei der *l.c. operis* und *operarum* zu tun. Sie haben im Rahmen der allgemeinen *culpa*-Haftung die Verantwortung sowohl des *locator* als auch des *conductor* auf diejenigen Fälle erweitert, in denen anstatt des *locator*

bzw. des *conductor* eine dritte Person handelt. Diese dritte Person ist im allgemeinen ein Sklave, sie kann aber auch ein freier Mensch sein. Der Grund der Haftung ist, daß der *locator* bzw. *conductor* bei der Auswahl der dritten Person nicht mit entsprechender Sorgfalt vorgeht (*culpa in eligendo*). Es ist also wahrscheinlich, daß sich die *culpa in eligendo* schon in der klassischen Periode entwickelt hat und fast eine herrschende Institution wurde. Die Quellen behandeln die *custodia*-Haftung des *conductor* sehr selten. Dies läßt sich damit erklären, daß die Wahrscheinlichkeit des Untergangs des Vertragsobjekts bei der *l.c. rei* viel kleiner ist als bei der *l.c. operis*.

Es ist unmöglich, ein Einzelgehöft, eine Wohnung, ein Grundstück zu stehlen. Bei der *l.c. rei* können höchstens Ausrüstungsgegenstände gestohlen werden. So ist die *custodia*-Verpflichtung nicht so typisch wie bei der *l.c. operis* (Wäscherei). Trotz alledem ergibt sich eine *custodia*-Haftung des *conductor* aus den Quellen.

III. Die Gefahrtragung bei der locatio conductio

1. Die Gefahrtragung beim Dienstvertrag

Von Gefahrtragung ist dann die Rede, wenn Schäden entstanden sind, die niemandem zugerechnet werden können¹⁷⁸. Diese Schäden werden durch *vis maior* hervorgerufen¹⁷⁹, oder aber sie entspringen einer inneren Eigenschaft der Sache¹⁸⁰. Es fragt sich, wer sie zu tragen hat, wenn sie zum Nachteil gereichen, zumal die Verantwortung in solchen Fällen niemandem zugeschrieben werden kann. Im römischen Recht galt in diesen Fällen das Prinzip: „der Eigentümer trägt den Schaden“ (*casum sentit dominus*). Die Frage der Schadenstragung war in solchen Fällen besonders geregelt, wie z. B. für die *emptio venditio* die Quellenstelle D. 18.6.7 pr. und für die *locatio conductio* D. 19.2.15.6, D. 19.2.38 pr., D. 19.2.62 zeigen. Selbstverständlich hat man die Eigentumsverhältnisse auch bei den anderen Vertragstypen weitgehend in Betracht gezogen¹⁸¹. Die Untersuchung dieser Frage erscheint notwendig, da die Gefahrtragung außerhalb des Haftungsbereichs liegt¹⁸², dafür aber bei der Erfüllung eine beträchtliche Rolle spielt. Besonders große Bedeutung kann ihr bei der *locatio conductio operis* beigemessen werden¹⁸³ (dazu unten S. 651 ff.).

¹⁷⁸ M. KASER, *Periculum locatoris*, SZ 74 (1957), S. 155 ff.

¹⁷⁹ E. BETTI, *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, SZ 82 (1965), S. 14.

¹⁸⁰ Ebda.

¹⁸¹ KASER, SZ 74 (1957), S. 197 beruft sich zunächst auf die Eigentumsverhältnisse und sieht diese für die Frage der Gefahrtragung als entscheidend an.

¹⁸² I. MIQUEL, *Periculum locatoris*, SZ 81 (1964), S. 184 scheint bezüglich des *casus minor* auf die Regel der Gefahrtragung zu verweisen, was mit Recht zu beanstanden ist.

¹⁸³ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 19.

Beim Dienstvertrag muß auf Grund der Quellen danach differenziert werden, ob die Gefahr im Interessenkreis des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers liegt¹⁸⁴. Durch eine solche Einteilung der Quellen kommt man zur Lösung der Frage¹⁸⁵. Bevor aber die Quellen dargestellt werden, soll kurz von den wichtigsten Standpunkten der Fachliteratur die Rede sein.

Nach der Ansicht von KARLOWA¹⁸⁶ bekommt der Arbeiter keinen Lohn, wenn das Scheitern der Arbeitsverrichtung seine Ursache in dessen Person hat. Wenn aber die Arbeitsverrichtung aus einem in der Person des Arbeitgebers liegenden Grunde scheitert, ist dieser verpflichtet, den Lohn an den Arbeitnehmer zu zahlen. Wenn es an keiner der beiden Personen liegt, daß die Arbeit nicht verrichtet wurde, wird an den Arbeitnehmer kein Lohn ausgezahlt (was nach KARLOWAS Interpretation durch die drei Wachstafeln aus Siebenbürgen bestätigt wird). Im Grunde genommen vertritt DERNBURG¹⁸⁷ die gleiche Meinung. Er analysiert die Quellen eingehender und stellt fest, daß der Tod des Arbeitgebers nur im Falle der höchstpersönlichen Dienstleistungen einen Grund zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gibt (D. 1.22.4). Von diesem Gedanken ausgehend stellt MAYER-MALY¹⁸⁸ fest, daß der Arbeitgeber von der Lohngefahr für den Fall entlastet wird, wenn der Ausfall der Dienstleistung dem *locator* zuzuschreiben ist. Im Gegensatz zu den beiden Autoren betont er, daß Umstände, die weder dem *locator* noch dem *conductor* zuzuschreiben sind, dem *conductor* zugeordnet werden. Zu diesen Umständen kann auch die Erkrankung des *locator* gerechnet werden. KASER¹⁸⁹ untersucht im Grunde, in wessen Person der Umstand eintritt, der die Arbeitsverrichtung verhindert. Nach seinen Untersuchungen sehen die meisten Quellen das Leistungshindernis auf der Seite des Arbeitgebers; ist aber das Hindernis keiner der beiden Parteien zuzurechnen, dann wird diese Gefahr vom *conductor* getragen: Es kommt nun der Grundsatz des *periculum conductoris* zur Geltung. Wir sind der Ansicht, daß die vollständige und genaue Lösung des Problems in der Fachliteratur im

¹⁸⁴ KASER, SZ 74 (1957), S. 194; E. BETTI, *Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto classico e giustiniano*, in: Studi in onore di P. De Francisci, I (Milano, 1956), S. 193ff., sowie R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrags*, SDHI 34 (1968), S. 185. Nach RÖHLES Meinung (S. 185) ist der Ausgangspunkt der Frage ein ganz anderer. Seine Kategorien sind die folgenden: a) Die Ereignisse sind von der Person des Arbeitgebers bzw. des Arbeiters unabhängig; b) die Ereignisse sind mit der Person des Arbeiters bzw. des Arbeitgebers verbunden. Unter gewissen Gesichtspunkten scheint RÖHLES Kategorisierung richtig zu sein.

¹⁸⁵ KASER, SZ 74 (1957), S. 195.

¹⁸⁶ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II (Leipzig, 1901), S. 643.

¹⁸⁷ H. DERNBURG, *Pandekten*, II (Berlin, 1889), S. 301f.

¹⁸⁸ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 181–184, sowie G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in: Studi in onore di E. Betti, III (Milano, 1962), S. 709ff.

¹⁸⁹ KASER, SZ 74 (1957), S. 195–198; – RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 184; F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano* (Milano, 1946), S. 148; RÖHLE (a.a. O.) reiht z. B. die Ladung vor ein Gericht oder den Wassereintrich in die von den Parteien nicht zu beeinflussenden Umstände ein, die Krankheit des Arbeitspflichtigen, den Tod des Arbeitgebers usw. aber in die den Parteien zuzurechnenden Umstände. Vgl. noch DE ROBERTIS, *Rapporti*, S. 148.

wesentlichen von KASER und MAYER-MALY dargestellt wird (weshalb wir nur wenige Einzelheiten ihrer Ansichten zur Diskussion stellen), während einige Thesen von KARLOWA und DERNBURG ihrem Grunde nach diskutabel sind. Lediglich die von GÉZA MARTON vertretene Ansicht weicht wesentlich von den hier erörterten Auffassungen ab – offensichtlich aufgrund der Arbeitsverträge, die in den siebenbürgischen Wachstafeln überliefert sind (CIL III. p. 948–949, cf. FIRA III, S. 466 ff.). Er meint, daß das römische Recht die Gefahrtragung auf den Arbeiter abwälzt¹⁹⁰. Dieser Standpunkt läßt sich aber mit den grundlegenden Quellen nicht in Einklang bringen.

Was sagen die Quellen?

Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet (D. 19.2.38).

Dieses Paulusfragment ist für unser Thema von grundlegender Bedeutung¹⁹¹. Es geht aus ihm klar hervor, daß der Arbeitslohn dem Arbeiter gebührt, wenn nicht er schuld daran hat, daß er nicht arbeiten kann. Die Frage der Gefahrtragung wird vom Ausdruck *si per eum non stetit* entschieden. Die Frage ist nur, ob es am Arbeiter liegt, daß die Arbeit nicht verrichtet wird. Es wird nicht davon gesprochen, weshalb der Arbeiter nicht arbeiten kann, ob es sich um eine Erkrankung des Arbeitsgebers handelt, ob der Arbeitgeber aus irgend welchen Gründen an der Entgegennahme der Verrichtung verhindert ist, ob das Arbeitsobjekt vernichtet wurde, oder ob lediglich Umstände vorliegen, die die Arbeitsverrichtung vorübergehend unmöglich machen. Entscheidend ist, daß der Grund dafür, daß die Arbeit nicht verrichtet wurde, nicht in der Person des Arbeiters liegt. Der Umstand, der zum Ausfall der Arbeitsleistung führt, darf seinen Ursprung nicht im Risikobereich des Arbeiters haben. Unabhängig davon, ob sich die Gefahr in der Interessensphäre des Arbeitgebers oder außerhalb der Sphären beider Parteien verwirklicht, muß der Arbeitgeber in beiden Fällen die Gefahr tragen¹⁹². Die Gefahr, die nicht im Risikobereich des Arbeiters liegt, fällt dem

¹⁹⁰ G. MARTON, *A római nagánjog elemeinek tankönyve*. Instituciok (Budapest, 1957: Lehrbuch der Grundzüge des römischen Privatrechts. Institutionen), S. 210. Derselbe Gedanke wurde von RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 184 u. passim in seiner Abhandlung zum Ausdruck gebracht.

¹⁹¹ C. ALZON, *Les risques dans la locatio conductio*, Labeo 12 (1966), S. 319 und PROVERA, St. Betti, III, S. 709 ff. sind ähnlicher Meinung.

¹⁹² Demgegenüber führt RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 186 und: Der 'liber singularis regularum' des Paulus, Labeo 12 (1966), S. 218–221, aus, daß diejenigen, die Paulus' Text zum Ausgangspunkt genommen haben, sich irren, weil der Text nicht von Paulus, sondern aus dem vierten Jahrhundert stamme. RÖHLES Meinung scheint aber problematisch zu sein, weil sie im Schrifttum alleinsteht. RÖHLE, Labeo 12 (1966), S. 221 legt auch dar, daß die Formulierung von D. 19.2.38 pr. durch die Konzeption von Ulpian D. 19.2.19.9 und Papinian D. 1.22.4 sowie von Ulpian D. 19.2.19.10 beeinflusst wurde. RÖHLE bearbeitet auch ein anderes sehr interessantes Thema (SDHI 34 [1968], S. 186 ff.) und schließt aus dem Text des Apuleius, Met. 9.5.7, daß die Gefahr vom *locator*, dem Arbeiter, getragen wurde. Vgl. dazu die Meinungen von DE ROBERTIS, *Rapporti*, S. 148 und ALZON, Labeo 12 (1966), S. 321, Anm. 35. RÖHLE gründet seine weitere Beweisführung bezüglich der

Arbeitgeber zur Last. Eben deshalb ist der Standpunkt von KARLOWA nicht haltbar, wonach die Gefahr vom Arbeiter getragen wird, wenn sie weder in dessen Interessensphäre noch in der des Arbeitgebers liegt. In solchen Fällen trägt immer der *conductor* die Gefahr. Wenn Hochwasser, Erdbeben oder eine andere Naturkatastrophe die Ursache dafür ist, daß der Arbeiter die Arbeit nicht verrichtete, und ihn also keine Schuld trifft, dann gebührt ihm der Arbeitslohn.

Nun wollen wir nach der allgemeinen Regel ihre Anwendung im Einzelfall betrachten.

Si hi, contra quos supplicas, facta locatione temporis certi suas tibi locaverint operas, quatenus bona fides patitur, causa cognita competens index conventionem servari iubebit (C. 4.65.22).

Es stellt sich also heraus, daß, wenn der Arbeitgeber – gleichviel aus welchen Motiven – nicht weiter auf dem Vertrag bestehen will, der Richter den Vertrag aufrechterhalten muß. Daraus folgt, daß der Arbeiter den Lohn auch in dem Fall bekommen muß, in dem der Arbeitgeber seine Arbeit nicht weiter beansprucht. Der Arbeitgeber kann also das Rechtsverhältnis nicht willkürlich aufheben; wenn er es jedoch tut, muß er den Arbeitslohn zahlen, als ob der Arbeiter gearbeitet hätte.

Die jetzt zu erörternden drei Quellen untersuchen die Folgen des Todes des Arbeitgebers für den Dienstvertrag.

D. 1.22.4 (Papin. 4 resp.): *Diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis, quod a legatis praestitutum est, debetur, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt. Diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.*

Unter Berufung auf Papinian berichtet Ulpian darüber folgendes:

D. 19.2.19.10 (Ulp. 32 ad ed.): *Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt.*

Hier handelt es sich um einen typischen Fall von *vis maior* in der Interessensphäre des Arbeitgebers. Beide Entscheidungen Papinians beschäftigen sich mit dem Gehalt der Assessoren eines verstorbenen kaiserlichen Legaten und stellen eindeutig fest, daß ihnen das Gehalt (*salarium*) für die vereinbarte Zeit nach wie vor zusteht, ausgenommen sie haben zur gleichen Zeit anderswo als Assessoren fungiert. Neu im Vergleich zu den früheren Quellen ist, daß die Textstelle die Problematik der anderweitig verrichteten Arbeit anschnidet. Man kann aber die Feststellung *modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt* nicht als Ausdruck einer Schadensminderungspflicht des Arbeiters ansehen. Es

Gefahrtragung des Arbeiters auf die siebenbürgischen Urkunden. Nach einer umfassenden Untersuchung der Wachstafeln stellt er fest, daß diese entscheidende Beweise dafür seien, daß sich das Prinzip *periculum est locatoris* im klassischen römischen Recht durchgesetzt habe.

wird hier ja nicht erörtert, ob er anderswo hätte verdienen können, sondern nur, ob er anderswo tatsächlich verdient hat. Mit Recht weist MAYER-MALY¹⁹³ darauf hin, daß diese Regel nicht eine Pflicht zur Anrechnung einschließt, sondern nur die Möglichkeit ausschließt, daß man unter Verweis auf das erste Dienstverhältnis ein Entgelt beansprucht. Es ist daher falsch anzunehmen, daß der Arbeiter, falls der für die anderweitige Arbeit empfangene Lohn geringer als der für die ursprüngliche Arbeit vereinbarte sein sollte, einen Anspruch auf Zahlung des weniger erhaltenen Differenzbetrages gegen den ursprünglichen Arbeitgeber habe. Die richtige Interpretation ist vielmehr, daß er keinen Anspruch auf den Arbeitslohn von der ersten Arbeitsstelle erheben kann, wenn er anderswo überhaupt etwas verdient hat.

Die beiden Entscheidungen Papinians weichen kaum voneinander ab; deshalb schließt MAYER-MALY aus dem Vergleich der beiden Stellen auf eine nachklassische Überarbeitung. Von der textkritischen Literatur wird aber nur der Ausdruck *quod a legatis praestitutum est* für interpoliert gehalten¹⁹⁴. Man kann nicht wissen, wie der Originaltext lautete; der obige Ausdruck ändert aber nach unserer Ansicht an dessen Aussage nichts. Wir sind der Ansicht, daß die Einführung eines vom Texte wesentlich abweichenden Gedankens nicht sehr wahrscheinlich ist, weil der in beiden Texten gleiche Gedanke vom Denken des klassischen Zeitalters zeugt. Eher scheint uns beim letzten Satz von D. 1.22.4 (*diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit*) die Tätigkeit der Kompilatoren nachweisbar, von der im § 10 von D. 19.2.19 nicht einmal eine Spur zu finden ist. Ganz anders liegt der Sachverhalt — besagt der Text —, wenn der *legatus Caesaris* vor der vereinbarten Zeit einen Nachfolger bekommt. Diese hingeworfene Bemerkung ist nicht klar. „Anders liegt der Sachverhalt, wenn er einen Nachfolger bekommt“; wie die Lage dann aber ist, läßt sich nicht feststellen. Man kann höchstens vermuten, daß die Assessoren die Arbeit im Falle der Ernennung des Nachfolgers weiter zu verrichten haben.

In Kenntnis dieser beiden Stellen ist man zu der Folgerung geneigt, daß der Arbeiter einen Lohnanspruch beim Tod des Arbeitgebers nur in besonderen Fällen, wie z. B. im Falle der Assessoren des kaiserlichen Legaten, hat. Diesen Standpunkt nimmt DERNBURG ein¹⁹⁵, wenn er sagt, daß der Lohn nur für die höchstpersönlichen Dienstleistungen fällig ist. Dieser Satz wird aber durch das Fragment D. 19.2.19.9 von Ulpian, welches ein Reskript der Kaiser Antoninus und Severus enthält, unmißverständlich widerlegt:

Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: „Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas

¹⁹³ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 183; PROVERA, *St. Betti*, III, S. 717 sieht in der Entscheidung den Erfolg des Billigkeitsprinzips.

¹⁹⁴ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 183ff.; KASER, *SZ* 74 (1957), S. 195. Anderer Meinung sind hingegen RÖHLE, *SDHI* 34 (1968), S. 201 sowie PROVERA, *St. Betti*, III, S. 717 und ALZON, *Labo* 12 (1966), S. 322, Anm. 37.

¹⁹⁵ DERNBURG, *Pandekten*, II, S. 303.

operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est."

In diesem Reskript kommt der Ausdruck (*cum*) *exceptor operas suas locasset* vor. Dies stimmt mit dem Abschluß des Arbeitsvertrags in D. 19.2.38 überein. *Operas suas locare* ist nach der Feststellung von DE ROBERTIS eine Formel, die nicht das Entstehen einer Sachmiete, sondern einer Arbeitsmiete bedeutet¹⁹⁶. Nun muß der Vertrag nach dem Tod des Arbeitgebers nicht nur in Sonderfällen, sondern bei allen Dienstverträgen eingehalten werden, wie aus der Quelle hervorgeht. Den Grund für die Lohnzahlungsverpflichtung bilden Treu und Glauben und die Billigkeit, wie das von Ulpian mit Verweis auf das kaiserliche Reskript formuliert wird. Es ist nicht überraschend, daß der Ausdruck „wenn du Lohn von jemand anderem in demselben Jahr nicht bekommen hast“ auch hier vorkommt. Nach der übereinstimmenden Ansicht von Papinian und Ulpian, die ja nahezu zur gleichen Zeit gelebt haben, wird die Frage der Tragung der Lohngefahr beim Tode des Arbeitgebers zu Lasten des *conductor* befriedigend entschieden.

D. 19.2.38.1 (Paul. l. sing. reg.): *Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent.*

Anwälte haben ein Honorar nicht zurückzuerstatten, wenn es nicht an ihnen liegt, daß die Fortführung eines Prozesses unterbleibt. Während es sich in den erstgenannten Fällen um die Auszahlung des Lohnes für eine aus verschiedenen Gründen nicht verrichtete Arbeit handelte, geht es hier um das im voraus bezahlte Honorar, wenn das Unterbleiben der Weiterführung des Prozesses nicht am Anwalt liegt. Die Begründung ist die gleiche, wie die bereits in der ersten Hälfte der Quelle gegebene: Das Hindernis liegt außerhalb der Risikosphäre des Anwalts; also gebührt ihm der Lohn, er hat ihn nicht zurückzuerstatten. Es ist gleichgültig, ob der schon ausgezahlte Lohn nicht zurückgefordert werden kann oder ob noch nicht ausgezahlter Lohn zu zahlen ist.

Diese Regel wäre plausibel, wenn wir ihr bei den gewöhnlichen Dienstverträgen begegnet wären. Problematisch ist hier aber die Frage, wie die Tätigkeit des Anwalts in den Bereich des Dienstvertragsrechts einzuordnen ist.

VISKY¹⁹⁷ legt dar, daß sich die Anwaltspraxis am Ende des klassischen Zeitalters zwar zur Erwerbstätigkeit entwickelt habe und das Recht auf Entgelt anerkannt wurde. Trotzdem konnte die Erwerbsbeschäftigung seiner Ansicht nach nicht den Gegenstand der *locatio conductio* bilden, obwohl sie sich auch nicht in den Kreis der *artes liberales* einbeziehen läßt, weil sie als bezahlte Arbeit dem Unterhalt der Anwälte diene. MAYER-MALY¹⁹⁸ stellt bei der Quellenanalyse

¹⁹⁶ DE ROBERTIS, *Rapporti*, S. 141; BETTI, *St. De Francisci*, I, S. 194. Zur Auslegung von D. 19.2.19 vgl. ALZON, *Labeo* 12 (1966), S. 322. Bezüglich dieses § zieht PROVERA, *St. Betti*, III, S. 718 zweifelhafte Schlußfolgerungen, wenn er sagt, daß es sich um eine aus Billigkeitsgründen ergangene ad hoc-Entscheidung handle.

¹⁹⁷ K. VISKY, *Retribuzione per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano*, Iura 15 (1964), S. 10–23.

¹⁹⁸ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 182.

fest, daß der Anwalt trotz der obigen Entscheidung nicht als *locator operarum* galt.

Man muß aber unabhängig von den oben erörterten zutreffenden Ansichten feststellen, daß der Anwalt von Paulus als *quasi locator* behandelt wird. Die Einfügung des Falles ins Kapitel der *locatio conductio* besagt zwar an und für sich noch nicht viel, sie kann aber auch nicht außer acht gelassen werden. Wesentlich ist hingegen, daß Paulus die gleiche Regel sowohl für den Arbeiter als auch für den Anwalt festlegt. Als Gegenargument könnte man allerdings erwähnen, daß Paulus nicht von *merces*, sondern von Honorar spricht. Die Terminologie ist aber in den Quellen nicht stabil genug; denn gerade Paulus ist es, der an einer anderen Stelle von der *merces* des Anwalts redet (D. 50.13.1.13); Papinian gebraucht die Bezeichnung *salarium procuratori constitutum* (D. 17.1.7). Es kann also die Folgerung gewagt werden, daß der Anwalt hinsichtlich der Tragung der Lohngefahr nicht anders als ein Arbeiter zu behandeln ist.

Bisher sind von uns Texte analysiert worden, die sich mit der Gefahrtragung des *conductor* befassen. Betrachten wir jetzt die andere Seite! Hier stehen uns insgesamt zwei Quellen zur Verfügung: die eine wieder über einen *advocatus*, die andere aber über einen *libertus*; sie verhelfen uns indirekt zu gewissen Folgerungen.

Zum Fall des *libertus* äußert sich Ulpian wie folgt:

D. 38.1.15 (Ulp. 38 ad ed.): *Libertus, qui post indictionem operarum valetudine impeditur, quo minus praestet operas, non tenetur: nec enim potest videri per eum stare, quo minus operas praestet.*

Iurata operarum promissio zwischen dem *libertus* und dem *patronus* hat auf keinen Fall ein entgeltliches Arbeitsverhältnis zur Folge; jedoch ist die Textstelle geeignet, Schlüsse auf die Regelung der Gefahrtragung im Recht der Arbeitsverhältnisse zu ziehen¹⁹⁹. Der *libertus*, der nach der Übernahme der Arbeit erkrankt, so daß er nicht imstande ist, die Arbeit zu verrichten, kann nicht haftbar gemacht werden; es war nämlich nicht vorauszusehen, ob er fähig sein werde, die Arbeit zu verrichten oder nicht. Bei der Textanalyse kann man feststellen, daß die Verpflichtung des *libertus* den Gegenstand der Untersuchung bildet und diese Untersuchung mit dem Ausdruck *non tenetur* abgeschlossen wird. Der Ausdruck *nec enim potest videri* zeigt, daß seine Schuld nicht festgestellt werden kann; folglich kann er nicht zu Schadensersatz verpflichtet werden. Der Ausdruck *per eum stare* stimmt mit dem in den Quellen im Zusammenhang mit dem Dienstvertrag sonst begegnenden Wortgebrauch überein. Das aber bedeutet, daß die Person die Gefahr zu tragen hat, an der das Unterbleiben der Arbeit liegt. Obwohl es sich in unserem Fall nicht um Arbeitslohn handeln kann, kann

¹⁹⁹ KASER, SZ 74 (1957), S. 196ff.; RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 194ff. Im Gegensatz zu RÖHLE legen MAYER-MALY, *Locatio*, S. 182 und PROVERA, St. Betti, III, S. 712 klar, daß diese Meinung bzw. These für die *iurata promissio* gültig sei, für die *l.c. operarum* aber nicht. So können dort keine Schlußfolgerungen aus diesem § gezogen werden.

man aus dem ulpianischen Text auch auf den Fall der Dienstverträge schließen. Der Ausdruck *per eum stare* bedeutet also bei den Dienstverträgen, daß der Arbeiter im Falle seiner Erkrankung die Gefahr zu tragen hat. So bekommt er für die Zeit, in der er nicht gearbeitet hat, keinen Lohn²⁰⁰.

Strittig ist der Standpunkt von MAYER-MALY, der die Krankheit des *locator* zu den Umständen rechnet, die weder dem *locator* noch dem *conductor* zur Last gelegt werden können; deshalb muß seiner Ansicht nach auch hier die Lohngefahr vom *conductor* getragen werden²⁰¹. Unser Text beurteilt die Frage der Krankheit so, daß das Unterbleiben der Arbeit am *libertus* lag; denn die Krankheit fällt in seine Sphäre. So muß per analogiam auch beim Arbeiter die Krankheit als ein in dessen Risikosphäre wurzelndes Hindernis behandelt werden; und wenn die Krankheit in dessen Risikosphäre fällt, dann gebührt ihm aufgrund des § 38 von D. 19.2 kein Lohn.

Folgenden Fall berichtet Ulpian unter Berufung auf Kaiser Severus:

Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret (D. 50.13.1.13).

Von den Erben eines verstorbenen Anwalts kann die im voraus bezahlte *merces* nicht zurückgefordert werden; denn es lag nicht an ihm, daß er den Prozeß nicht beenden konnte. Es steht außer Zweifel, daß von den bisher erörterten Quellen die Auslegung dieser die meisten Probleme verursacht. Zwei Lösungen sind möglich: Entweder nehmen wir KASERS Ansicht an, nach der dies eine auf Billigkeit beruhende kaiserliche Entscheidung von Ausnahmecharakter sei, aus der sich keine allgemeinen Folgerungen ziehen ließen²⁰², oder wir nehmen die Quelle wortwörtlich und verzichten dann für den Problemfall des Todes einer Vertragspartei auf die Zuordnung nach den Interessenssphären. Dies scheint auch von D. 1.22.4 – D. 19.2.19.10 – D. 19.2.19.9 (vgl. oben S. 643 f.) bestätigt zu werden, wo die Abgrenzung nach Risikosphären außer acht gelassen und der Tod des Arbeitgebers als ein Sonderfall der Gefahrtragung behandelt wird; d. h. es wurde nicht – wie das aus den bisherigen Quellen hervorgeht – untersucht, in wessen Sphäre das Unterbleiben der Arbeit wurzelt; es wurde vielmehr der Tod des Arbeitgebers als besonderer Fall der Gefahrtragung ohne Abgrenzung nach Risikosphären gesondert untersucht. Die Lohngefahr war sowohl im Falle des Todes des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zu tragen²⁰³.

²⁰⁰ Ähnlicher Meinung sind KASER, SZ 74 (1957), S. 197 ff., PÓLAY, A *dáciai* . . ., S. 194 ff. sowie R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, en 2 tomes, II. Les obligations⁶ (Paris, 1954; Nachdruck Aalen, 1970), S. 173, S. SOLAZZI, *Il lavoro libero nel mondo romano*, in: DERS., *Scritti di diritto romano*, I (Napoli, 1955), S. 141, DE ROBERTIS, *Rapporti*, S. 148, RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 202. Entgegengesetzter Meinung ist ALZON, *Labeo* 12 (1966), S. 320, Anm. 32.

²⁰¹ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 182. Ebenso PROVERA, *St. Betti*, III, S. 712.

²⁰² KASER, SZ 74 (1957), S. 197.

²⁰³ Anderer Meinung ist SCHULZ, *Roman Law*, S. 548. Seinem Standpunkt zufolge konnte, wenn ein Arbeiter für ein Jahr in Dienst genommen wurde und er nach einem halben Jahr verstarb, sein Erbe nur auf die Hälfte der Entlohnung Anspruch erheben. Seine Aussage kann aber mit keiner originalen Quelle belegt werden.

Zur Bestätigung dieser Ansicht soll hier noch folgendes erwähnt werden: Nach unserer Ansicht kann hier nicht vom völligen Unterbleiben der Leistung, sondern von nur teilweiser Erbringung der Leistung die Rede sein. Der Anwalt verrichtet nämlich schon vor der Erfüllung seines Auftrags eine Arbeit: er unterhandelt mit den Parteien, er stellt den Tatbestand fest, er kann sogar beim Gericht schon Schritte unternehmen. Durch seinen Tod wird er also in der Fortsetzung der Arbeit verhindert. Solche Fälle können übrigens nicht sehr häufig vorgekommen sein. Die hier erörterten Quellen (D. 19.2.38 pr. und 50.13.1.13) erwähnen nur beim Anwalt eine Lohnvorauszahlung. Beim Arbeiter ist der Arbeitslohn im allgemeinen nachträglich (*postnumerando*) zu zahlen²⁰⁴. Auch bei den Dienstverträgen konnte der Tod des Arbeiters eintreten, besonders unter den unmenschlichen Umständen, wie sie z. B. im Bergwerk herrschten; es kam aber trotzdem nicht zu diesem Problem, weil der Lohn offensichtlich nachträglich gezahlt wurde.

Zusammenfassend kann aufgrund der bisherigen Analyse festgestellt werden, daß nach den Quellen der *conductor* immer dann die Lohngefahr zu tragen, also den Arbeitslohn zu zahlen hat,

a) wenn es sich nicht um ein Risiko handelt, das in die Sphäre des Arbeiters fällt. Dies ist die allgemeine Regel; andere ergeben sich aus der Kasuistik der römischen Rechtswissenschaft;

b) wenn der Arbeitgeber gestorben ist, es sei denn, daß der Arbeiter während der im Vertrag vereinbarten Zeit durch anderweitige Arbeit verdient hat;

c) wenn sich der Arbeitgeber aus irgendeinen Grund vom Vertragsverhältnis lösen will;

d) schließlich kann das im voraus bezahlte Anwaltshonorar im Falle des Todes des Anwalts nicht zurückgefordert werden.

Kein Lohn gebührt dem Arbeiter, wenn es sich um eine Gefahr handelt, welche sich in seinem Interessenkreis (z. B. im Fall einer Erkrankung oder wenn das Gewitter das Dach seines Hauses zerstört hat und er dieses reparieren muß usw.) befindet²⁰⁵.

Unsere Schlußfolgerungen stimmen aber nicht mit der allgemeinen römischen Auffassung über das gesellschaftliche Ansehen der Lohnarbeit überein. Wie ist dieser Gegensatz zu erklären? Es ist bekannt, daß freie Menschen in Rom, die eine Lohnarbeit annahmen, verachtet wurden²⁰⁶. Die Arbeiter befanden sich in

²⁰⁴ PÓLAY, A *dációi* . . ., S. 192; MAYER-MALY, *Locatio*, S. 138 ff.; DERNBURG, *Pandekten*, II, S. 301.

²⁰⁵ Übereinstimmend SZEMÉLYI, *Római jog*, S. 148 ff.; BRÓSZ-PÓLAY, *Római jog*, S. 436; PÓLAY, A *dációi* . . ., S. 194 ff. und PROVERA, *St. Betti*, III, S. 723. Die gegenteilige Meinung vertritt MARTON, *A római magéniog*, S. 210, ebenso RÖHLE, *SDHI* 34 (1968), S. 203, bei der Behandlung des Prinzips *periculum est locatoris*. Siehe dazu auch KASER, *SZ* 74 (1957), S. 197 ff. — ALZON, *Labeo* 12 (1966), S. 323 ff. kommt entgegen RÖHLES Standpunkt zu einer sehr wertvollen Schlußfolgerung.

²⁰⁶ Vgl. F. M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano* (Bari, 1963), S. 49 und 97 und D. NÖRR, *Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom*, *SZ* 82 (1965), S. 67–105.

einer elenden Lage; sie mußten ja – besonders weil es Sklaven in großer Menge gab – mit der billigen Sklavenarbeit konkurrieren²⁰⁷. Das Ansehen der freien Lohnarbeiter, die selbst eine Arbeit wie die Sklaven verrichteten, konnte in einer Sklavenhaltergesellschaft nicht günstig sein.

Der Gegensatz zwischen der schlechten sozialen Lage der Arbeiter und der Regel *periculum conductoris* läßt sich nach unserer Meinung dadurch erklären, daß die in den hier untersuchten Quellen enthaltenen Regeln dispositiven Charakters waren; man konnte also in der Praxis von ihnen abweichen. Im Vertrag konnten außerdem gegensätzliche Bestimmungen festgesetzt werden²⁰⁸. Das ist aus dem Text der siebenbürgischen Wachstafeln (CIL III. p. 948) gut ersichtlich:

quod si fluor impedierit, pro rata computare debet.

Wenn Wasser ins Bergwerk einbrach, konnte der Arbeiter nur für die Zeit Lohn beanspruchen, während der er tatsächlich gearbeitet hatte. Die Naturkatastrophe fiel nun in die Interessensphäre keines der beiden; trotzdem wälzte der wirtschaftlich stärkere Arbeitgeber diese Gefahr vertraglich auf den Arbeiter ab. Es ist klar, daß die *vis maior* außerhalb der Risikosphäre des Arbeiters steht und die Abwälzung des *vis maior*-Risikos auf ihn dem Inhalt von § 38 von D. 19.2 (vgl. oben S. 645) widerspricht; dennoch kommt dies in der juristischen Praxis vor. Dieser Vertrag, der übrigens hellenistische Charakterzüge aufweist (z. B. das Fehlen der Stipulationsklauseln auch im Falle der Vereinbarung einer Vertragsstrafe), kann KARLOWA und MARTON irreführt haben, als sie sich ihre Meinung über die Regelung der Tragung der Lohngefahr im römischen Recht bildeten.

Überhaupt nicht teilen können wir die Ansicht von RÖHLE²⁰⁹, wonach bei den Dienstverträgen des Römischen Reiches der Grundsatz *periculum est locatoris* zur Geltung gekommen sei. RÖHLE stützt sich dabei ausschließlich auf die auf den siebenbürgischen Wachstafeln überlieferten Dienstverträge. Die besprochenen Quellenangaben überzeugen uns davon, daß gerade das Gegenteil davon gilt. Das römische Reichsrecht kann nicht aufgrund einiger provinzieller Verträge beurteilt werden. Diese Verträge entstanden ein halbes Jahrhundert früher als das am Ende des zweiten Jahrhunderts bzw. am Anfang des dritten Jahrhunderts entstandene klassische römische Recht²¹⁰, das die Gefahrtragung beim

²⁰⁷ PÓLAY, A. *dáciai* . . ., S. 160–163.

²⁰⁸ Dies wird von folgenden Verfassern ausgeführt: V. ARANGIO-RUIZ, *Epigrafia giuridica greca e romana*, SDHI 5 (1939), S. 622, Anm. 74; DE ROBERTIS, *Rapporti*, S. 149; MAYER-MALY, *Locatio*, S. 184; KASER, *RPR*, I², S. 475, Anm. 52; ALZON, *Labeo* 12 (1966), S. 320, Anm. 33 und 34 und PROVERA, *St. Betti*, III, S. 719.

²⁰⁹ RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 187 ff. Ihm gegenüber führt PROVERA, *St. Betti*, III, S. 723 ff. aus, daß die Römer keine einheitliche Praxis einhielten. Sie waren an keine Rechtsauffassung bzw. Übereinkunft gebunden und konnten unter den möglichen Lösungen frei wählen. Die Vielfältigkeit der Lösungen ergab sich aus den verschiedenen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen.

²¹⁰ Vgl. PÓLAY, A. *dáciai* . . ., S. 195. Gegen ihn vertritt PROVERA, *St. Betti*, III, S. 732 ff. den Standpunkt, daß es dem römischen Recht zwar fremd sei, die Arbeit sozial zu bewerten, es aber im Hinblick auf die wirtschaftlich schwächere Situation des Arbeiters

Dienstvertrag geregelt hatte. So sind diese Verträge nicht als maßgebend anzusehen; wir können höchstens darauf schließen, daß die dem Reichsrecht entgegengesetzte Rechtspraxis gerade wegen des dispositiven Charakters der Regeln entstehen konnte.

Es ist keine entschiedene Frage, ob der Ausdruck der Tafel (CIL III. p. 948): *pro rata computare debebit* sich nur auf den Lohn beziehe oder auch auf die Naturalverpflegung. RÖHLE²¹¹ bestreitet die Richtigkeit der von CARCOPINO (FIRA III. p. 467) herrührenden Lesung *cibarisque*; dafür hält er das von ZANGEMEISTER (und FINÁLY) vorgeschlagene Wort *liberisque* für annehmbar. PÓLAY²¹² hat bewiesen, daß der Ausdruck *liberisque* im Gesamtzusammenhang des Textes keinen Sinn ergibt. Im Text spielt außer dem Lohn auch die Naturalverpflegung eine Rolle. Der Text kann so interpretiert werden, daß wegen der Arbeitsunterbrechung infolge des Wassereinbruchs der Lohn und die Naturalversorgung den Arbeitern nur für die Zeit der tatsächlich verrichteten Arbeit zustehe. Eine andere Auslegung ist, daß nur die Lohnzahlung einzustellen sei, die Naturalversorgung aber den Arbeitern auch weiterhin zustehe, selbst während des Ruhens der Arbeit. Wir selber pflichten dem letzteren Standpunkt bei. Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß aufgrund des Textes weder der eine noch der andere Standpunkt verworfen oder untermauert werden kann. Wir begründen unseren Standpunkt damit, daß das Auskommen der Familie eines Arbeiters durch die diesem auf ein halbes Jahr zukommenden 70 Denar und die Versorgung zusammen gedeckt wurde. Die Arbeiterfamilie konnte es irgendwie noch ertragen, daß sie vorläufig infolge des Ruhens der Arbeit kein Geld erhielt; eine Reserve, um Lebensmittel anderweitig herbeizuschaffen, besaß sie jedoch nicht²¹³. Hätte der Arbeiter auch die Naturalverpflegung für die ganze Vertragsperiode nicht erhalten, so wäre für ihn nicht einmal das Existenzminimum gesichert gewesen. Deshalb scheint es ausgeschlossen, daß ihm auch diese Versorgung entzogen worden wäre. Übrigens gesteht auch RÖHLE²¹⁴ zu, daß das Ergebnis hinsichtlich der Gefahrtragung anders wäre, könnte man das Wort *cibarisque* annehmen.

Nehmen wir die Lesart *cibarisque*, so kann festgestellt werden, daß sich die Risiken zwischen Arbeitern und Arbeitgebern selbst im Fall der siebenbürgischen Dienstverträge (Wachstafel X) verteilten, da die Gefahr teils vom Arbeiter, teils vom Arbeitgeber getragen wurde. Der Arbeitgeber zahlt nämlich in der Zeit der Arbeitsruhe keinen Lohn, leistet jedoch die Naturalverpflegung, die aber ihrem Wesen nach als Lohn anzusehen ist.

gleichwohl notwendig war, das Billigkeitsprinzip anzuwenden, wonach das Risiko vom Arbeitgeber zu tragen war.

²¹¹ RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 188ff. — Der Lesung von CARCOPINO zufolge lautet die entsprechende Stelle des Textes der siebenbürgischen Wachstafel X (FIRA III, S. 467) wie folgt: *se locasse et locavit operas suas opere avario Aurelio Adiutori ex hac die in idus Novembres proximas (sic) sept(u)aginta cibarisque*.

²¹² PÓLAY, A dáciai . . ., S. 281, Anm. 14.

²¹³ Hinsichtlich der Ernährungsverhältnisse vgl. PÓLAY, A dáciai . . ., S. 191 und S. MROZEK, Die Arbeitsverhältnisse in den Goldbergwerken Daziens, Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum, 2 (Berlin, 1969), S. 147ff.

²¹⁴ RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 188.

2. Die Gefahrtragung beim Werkvertrag

Bei der Untersuchung der Quellen über den Werkvertrag fallen auf den ersten Blick zwei Sachverhalte auf: Erstens steht ein viel umfangreicheres Quellenmaterial zur Verfügung als beim Dienstvertrag, was davon zeugt, daß es sich beim Werkvertrag um ein wesentlich bedeutenderes Rechtsverhältnis des täglichen Lebens handelte als beim Dienstvertrag²¹⁵; zweitens erweist sich auch die Einteilung der Quellenstellen als komplizierter als bei der *locatio conductio operarum*, da hier die Differenzierung nach den Risikosphären der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers nicht als Ausgangspunkt genommen werden kann. Darüberhinaus sind die Ansichten der Juristen, die ja zu verschiedenen Zeiten gelebt haben, zu denselben Fragen oft unterschiedlich. Als Beispiel soll hier die Stellungnahme Javolens zur Gefahrtragung bei der *locatio conductio operis* angeführt werden:

D. 19.2.37 (Jav. 8 ex Cassio): *Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.*

Ist danach das Werk, bevor es vom Auftraggeber abgenommen worden ist, *vi aliqua* vernichtet worden, so hat der Besteller, *locator*, den Schaden nur dann zu tragen, wenn er das Werk schon abzunehmen hatte. Der *conductor* trägt also die Gefahr, wenn das Werk vor der Abnahme durch eine von außen kommende unüberwindliche Gewalt vernichtet wird. Der Text erscheint mit Ausnahme des Ausdrucks *si tale* völlig interpolationsfrei²¹⁶.

Sehr interessant ist der Gegensatz, der aus dem Fragment D. 19.2.62 (Lab. 1 pith.), einem kritischen Kommentar des Paulus zum klassischen Werk 'Pithana' des Labeo, hervorgeht:

Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Auffallend ist der Meinungsunterschied zwischen Labeo und Paulus, der ja 200 Jahre später gelebt hat. Es handelt sich um den Bau eines Kanals. Bei solchen

²¹⁵ KARLOWA, Röm. Rechtsgeschichte, II, S. 644ff.

²¹⁶ Nach ALZON, Labeo 12 (1966), S. 324ff. sind die das Risiko betreffenden Texte bei der *locatio operis faciendi* scheinbar widersprüchlich. Der Untergang des Werkes vor seiner *probatio* geschieht danach entweder auf das Risiko des *locator* oder auf das des *conductor*. Dieser Widerspruch ist von den einzelnen Autoren auf verschiedene Weisen erklärt worden. Nach ALZONS Meinung führe es auch dann nicht zur Lösung des Problems, wenn wir zwischen Schäden, die durch *vis maior* verursacht wurden, und solchen, die aus dem *opus* selber entstanden, unterscheiden. Betreffs der Interpolation des Textes vgl. HAYMANN, SZ 41 (1920), S. 155ff.; R. MONIER, Manuel élémentaire de droit romain, en 2 tomes, II. Les obligations⁵ (Paris, 1954; Nachdruck Aalen, 1970), S. 175; ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 190. MIQUEL, SZ 81 (1964), S. 185 schaltet statt des Wortes *detrimentum* das Wort *periculum* in den Text ein (unseres Erachtens ist die Textveränderung in diesem Fall nicht von Bedeutung).

Bauarbeiten spielt – wegen der damaligen technischen Möglichkeiten – der Zufall eine große Rolle. Um welche Risiken kann es sich hier handeln? Die Verfasser haben nach drei Begriffen differenziert: *labes*, *solī vitium*, *operis vitium*. Der Begriff *operis vitium* bereitet kein besonderes Problem, da er die Risiken, die sich aus der fehlerhaften Ausführung des Werkes ergeben, erfaßt. *Labes* und *solī vitium* lassen sich aber schwer gegeneinander abgrenzen: Während *solī vitium* eindeutig „Bodenfehler“ bezeichnet, kann *labes* „Erdsturz“ – als Folge der Bodenbeschaffenheit oder auch einer mangelhaften Ausführung des Werkes – implizieren. Das Zusammenwirken des Bodenfehlers und der fehlerhaften Ausführung des Werks führen meistens den Erdbeben herbei. Zur Klärung der Frage sollen hier zwei Ansichten über diese Begriffe aus der Literatur dargestellt werden.

KASER²¹⁷ vertritt folgenden Standpunkt: *vitium operis* bezeichne die Hindernisse in der Person des *conductor*, *vitium solī* bezeichne die Mängel des zu bearbeitenden Materials und *labes* jene unvermeidbaren Ereignisse von außen, die nicht zur Kategorie des *vitium operis* gerechnet werden können.

BETTI²¹⁸ ist der Ansicht, *vitium solī* sei ein Bodenfehler, der mit der *vis naturalis* gleichzusetzen sei, der Ursprung des *vitium operis* sei dagegen in den Baustoffen zu suchen.

Nach der Ansicht Labeos hat der *conductor* die während der Herstellung vorkommenden Schäden zu tragen. Paulus dagegen verteilt die Risiken: Wenn der Schaden durch einen Bodenfehler entsteht, ist das der Schaden des *locator*; der *conductor* trägt den Schaden, der durch Zufall im Laufe des Baus eingetreten ist. Die Quellenstelle des Paulus ist nach in der Literatur mehrfach vertretener Ansicht eine Modifikation Justinians. Wir sind aber der Meinung, daß die auf die klassische Denkweise hinweisende klare Logik des Textes, seine saubere Abfassung, dazu die inhaltliche Identität mit den anderen Quellen, die von durch *vis maior* verursachten Schäden handeln, gegen den Verdacht der Interpolation sprechen. Die Textkritiker können durch den Gegensatz zwischen Labeo und Paulus irregeführt worden sein²¹⁹.

Man kann den Meinungsunterschied zwischen Labeo und Paulus auch in einem anderen Fragment bemerken, das aus Labeos 'Pithana' in die 'Digesten' aufgenommen wurde:

²¹⁷ KASER, SZ 74 (1957), S. 189ff. und RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 206ff. führen aus, daß das Wort *labes* einen durch ein Erdbeben herbeigeführten Erdsturz bezeichne. Vgl. noch S. CONDANARI MICHLER, *Vis extrinsecus admota*, in: Festschrift für L. Wenger, I (München, 1944), S. 243ff.

²¹⁸ BETTI, SZ 82 (1965), S. 14ff. und DERS., *St. De Francisci*, I, S. 188; RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 215 vertritt im wesentlichen dieselben Anschauungen wie BETTI über das *vitium solī*, resp. *vitium operis*, mit dem Unterschied, daß er mit dem Ausdruck *vitium solī* die Beschaffenheit des Bodens bezeichnet.

²¹⁹ Der Text wird von HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 191ff. ab dem Wort *immo* bis zum Ende für interpoliert gehalten. – Nach ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*², S. 199, 201 ist der Text nur teilweise interpoliert.

D. 14.2.10 (Lab. 1 pith.): *Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his, qui impositi an pro his, qui deportati essent, merces daretur; quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.*

Nach Labeo gebühren dem Schiffer im Falle des Todes des eingeschifften Sklaven keine Transportkosten; die Lohngefahr wird also wieder vom Unternehmer getragen. Von Paulus wird aber genau das Gegenteil behauptet. Dem Unternehmer gebührt der Lohn, die Gefahr wird demnach vom Auftraggeber getragen²²⁰. Der Meinungsunterschied zwischen Paulus und Labeo läßt sich vor allem dadurch erklären (wie auch die anderen Quellen bestätigen), daß die Entwicklung der Prinzipien der Gefahrtragung im Recht des Werkvertrags zur Zeit Labeos gerade ihren Anfang nahm, zur Zeit von Paulus aber diese Fragen schon geklärt waren; denn es stimmt ja auch die Auffassung von Paulus – wie wir noch sehen werden – mit den anderen Quellen überein²²¹.

Javolen führt in einem Kommentar zu einem Text Labeos folgendes aus:

D. 19.2.59 (Jav. 5 Lab. post.): *Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus: si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.*

Wenn das zur Hälfte errichtete Bauwerk durch ein Erdbeben zerstört worden ist, wird die Gefahr vom Auftraggeber getragen, denn das Erdbeben gilt als *vis naturalis*. Das ist ein neuer Beweis für die Gefahrtragung des *locator*. Der Grund der Entscheidung ist offenbar der, daß der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn der *locator* die Arbeit selbst verrichtet hätte²²². Besonders interessant ist eine Textstelle von Florentin:

²²⁰ RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 216 legt dar, daß Paulus dazu grundlegend anders entscheide als Labeo. Er ist nämlich der Meinung, daß der Schiffsmieter für alle Sklaven sich selber einen Platz reservieren ließ. Paulus verlegt damit den Zeitpunkt des Gefahrüberganges vom Ende der Seefahrt an deren Anfang: Die Gefahr der Gegenleistung wird vor der Beladung des Schiffes vom *conductor*, danach vom *locator* getragen. Vgl. noch KASER, SZ 74 (1957), S. 188.

²²¹ KARLOWA, Röm. Rechtsgeschichte, II, S. 635–645 legt eingehend dar, daß von den drei Varianten der *l.c.* die *locatio conductio operis* als letzte entstanden sei; eben deshalb falle die Ausgestaltung der *l.c. operis* auf eine spätere Zeit als die der *l.c. operarum*. Von BETTI, St. De Francisci, I, S. 189 wird die entgegengesetzte Meinung vertreten. – Zu diesem Thema wird von Ulpian D. 19.2.19.7 ein ganz extremer Fall behandelt. Der *conductor* hat hier die Beförderung einer Frau, die unterwegs ein Kind gebar, übernommen. Es ist fraglich, ob auch für das Kind ein Fahrpreis zu zahlen sei oder nicht. Ulpian weist die Zahlung eines Fahrpreises mit der Begründung ab, daß etwas derartiges nur selten vorkomme und so keiner Regelung bedürfe. So soll anders als im Falle des beim Schiffstransport verstorbenen Sklaven diese Frage nicht in den Kreis der Lohngefahrtragung einbezogen werden.

²²² Der Ausdruck *terrae motu* wird von KASER, SZ 74 (1957), S. 191 für original gehalten. Vgl. noch ALZON, Labeo 12 (1966), S. 330, Anm. 64, ferner RÖHLE, SDHI 34 (1968), S.

D. 19.2.36 (Florent. 7 inst.): *Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.*

Dieser Text wirft die verschiedensten Probleme der Gefahrtragung auf. Seine Originalität ist aber umstritten. HAYMANN vermutet, daß der ganze Absatz interpoliert sei. Nach unserer Auffassung ist das Wort *donec* sicher nachträglich eingefügt worden. Als ein nachträgliches Einschiesels können wir wahrscheinlich auch die Textstelle *nisi si aliud actum sit* ansehen. Dies verändert aber den Sinn des Textes im wesentlichen nicht. Die Ansicht, daß der Text vom Ausdruck *si tamen* bis zum Ende des Zitats interpoliert wäre, halten wir für unbegründet. Die Stelle von der *vis maior* kann höchstens umgestellt worden sein, das Wesen aber blieb unverändert²²³. Aus dem Text kann die Regelung der Gefahrtragung des Werkunternehmers entnommen werden für den Fall, daß a) ein Werk erstellt werden soll und dieses vor der Abnahme vernichtet wird, b) daß ein Werk in mehreren Abschnitten zu übergeben ist und ein Teilabschnitt vor der Abnahme untergeht. In beiden Variationen wird aber die Gefahr dann vom Besteller getragen, wenn es an ihm liegt, daß die Sache nicht abgenommen bzw. zugemessen werden konnte. Wenn der Besteller mit der Übernahme zögert oder das Werk ohne Erprobung abnimmt, übernimmt er dadurch die Gefahr. Wenn das Werk dann vor der Erprobung durch *vis maior* zugrunde geht, ist das der Schaden des Bestellers. (Die Parteien können aber auch eine andere Vereinbarung treffen.)

214. — SCHULZ, Roman Law, S. 548 mißversteht den Text völlig und gelangt zum Prinzip *periculum est conductoris*, was mit Recht beanstandet werden kann.

²²³ KASER, SZ 74 (1957), S. 192. Dieser Text wurde für teilweise interpoliert gehalten von HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 201 und 41 (1920), S. 100, Anm. 2 und S. 161ff., sowie von E. SECKEL—E. LEVY, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, SZ 47 (1927), S. 223, Anm. 6, von CH. APPLETON, Les interpolations dans Gaius. La vraie date des ses Institutes, RH 8 (1929), S. 224, Anm. 4 und von ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 201, Anm. 1. Der Teil *nisi si . . . actum sit* wird von DE MEDIO, BIDR 20 (1908), S. 187 und vom Ausdruck *nisi si* bis zum Ende von BESELER, Beiträge zur Kritik, IV, S. 137 sowie von A. GUARNERI CITATI, Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata, BIDR 33 (1923), S. 219 für interpoliert angesehen. Vgl. die Ausführungen von BETTI, St. De Francisci, I, S. 185ff., sowie von RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 213 und LUZZATTO, Caso fortuito, S. 197. Nach letzterem sei das *periculum* gleich der *imperitia*. ALZON, Labeo 12 (1966), S. 236ff. sieht im ersten Teil die Haftung des *conductor*, im zweiten Teil die Gefahrtragung des Auftraggebers für die *vis maior*. Er erklärt dies damit, daß das Wort im Lateinischen nicht „Risiko“ bedeutet, sondern ein „Unter-Herrschaft-Halten“. Unter solchen Umständen könne ein Schuldner, den das *periculum* belastet, gezwungen werden, ebenso für die Schäden aufzukommen wie die vereinbarte *mercedes* zu zahlen. Nach MIQUEL, SZ 81 (1964), S. 183ff. bezieht sich der erste Satz auf die *custodia*-Haftung des Unternehmers, während der zweite die Gefahrtragung des Auftraggebers behandle.

Es ist also festzustellen, daß die Rechtswissenschaft zwischen den von außen wirkenden unabwendbaren Schadensereignissen und demjenigen Schaden unterscheidet, der sich aus der Sache ergeben hat. Der sich aus der Sache ergebende Schaden belastet den *conductor*, den von außen verursachten hat der *locator* zu tragen. Teilerfüllung ist zulässig und wird nicht als gegen den Werkvertrag verstoßend angesehen²²⁴.

Ein spezifischer Werkvertragsfall wird nachfolgend von Javolen behandelt:

D. 19.2.51.1 (Iav. 11 ep.): *Locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem; opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? Respondit: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est: non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinet; poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. Nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.*

Dieser Text beschäftigt sich damit, ob man von Gefahrtragung sprechen kann, wenn der Werklohn von Tag zu Tag fällig ist. Der Kontrakt ähnelt mehr einem Dienstvertrag; dort kam aber die Gefahrtragung des Arbeiters nicht vor. Die Entscheidung im Text ist aber eindeutig: der Unternehmer trägt auch in diesen Fällen die Gefahr. Es handelt sich also nicht um Arbeitsmiete; hier liegt ein Werkvertrag vor.

Wenn aber der Werklohn deshalb tageweise festgesetzt wurde, damit die Arbeit nach den Anweisungen des Bestellers verrichtet werde, so trägt dieser die Gefahr. Es liegt auf der Hand, daß die Schäden, die sich aus den Umständen einer Arbeit nach den Anweisungen des Bestellers ergeben, der *locator* zu tragen hat, kann doch die Folge einer eventuellen falschen Anweisung nicht dem *conductor* aufgebürdet werden.

Es geht aus obigem Text hervor, daß die aus der Sache und den Umständen sich zufällig ergebenden Schäden dem Unternehmer zuzurechnen sind. Auch bei diesem Text werden von der Textkritik Modifizierungen vermutet. Nach unserer Ansicht haben die Kompilatoren wahrscheinlich eine Texterklärung in die zweite Hälfte des Fragments – zur Verdeutlichung des ziemlich schwerfälligen ersten Teiles – eingerückt. Dadurch wird aber der Sinn des Textes nicht

²²⁴ Nach ALZON, Labeo 12 (1966), S. 329ff. belastet das Risiko bei der Vermietung des Werks schon in der klassischen Periode den Vermieter (*locator*). Es gestalteten sich übrigens im Schrifttum zu diesem Problem mannigfaltige Standpunkte aus. So trägt z. B. gemäß SZEMÉLYI, Római jog, S. 149ff. der Unternehmer nur die Gefahr gewöhnlichen Zufalls, für die durch die *vis maior* herbeigeführten Schäden hafte er nicht. Vgl. AMIRANTE, BIDR 62 (1959), S. 87; LUZZATTO, Caso fortuito, S. 197. Nach MARTON, A római magánjog, S. 210 belaste die Gefahr den Unternehmer. Laut BRÓSZ-PÓLAY, Római jog, S. 437 sei die Frage nicht einheitlich geregelt; auch hier sei danach zu entscheiden, in wessen Interessensphäre das Hindernis auftrate.

beeinflusst. Es ist anzunehmen, daß die Gefahrtragung des *locator* in den Fällen der Herstellung eines Werks nach seiner Anweisung laut klassischem Recht nicht unbekannt war²²⁵.

Aus dem Fragment D. 50.12.1.6 von Ulpian läßt sich entnehmen, daß die am angefertigten Werk nach dessen Übergabe zufällig entstandenen Schäden vom Besteller zu tragen sind. Mit der Übergabe übernimmt der Besteller auch die Gefahrtragung:

Si quis opus quod perfecit adsignavit, deinde id fortuito casu aliquid passum sit, periculum ad eum qui fecit non pertinere imperator noster rescripsit.

Nach der Übergabe enden alle Beziehungen des Unternehmers zu seinem Werk, so daß er durch die zufällige Vernichtung des Werks nicht mehr belastet werden kann²²⁶.

Hiermit sind die wesentlichen Quellen besprochen worden. Deshalb halten wir es, bevor wir fortfahren, für notwendig, daraus einige Schlüsse abzuleiten.

Wie wir gesehen haben, teilen die Quellen die Gefahrtragung zwischen dem *locator* und dem *conductor*. Es wird immer von Fall zu Fall entschieden, wer das Risiko trägt. Die Frage ist nun, ob es ein Prinzip gibt, aufgrund dessen diese Risikoverteilung vorgenommen wird.

Die Folgen eines von außen her kommenden unabwendbaren Ereignisses hat der *locator* zu tragen. Das haben wir in den Quellen eindeutig nachgewiesen gefunden. Zufällige Schäden, die sich aus der Sache selbst ergeben oder aus den Umständen der Arbeitsverrichtung herrühren, belasten den Unternehmer²²⁷. Beim Studium der Texte kann der Gedanke auftauchen, daß bei der *locatio conductio operis* von zwei Arten der *vis maior* gesprochen werden könne: einerseits von den von außen her einwirkenden Naturereignissen, andererseits von zufälligen Schäden, die sich aus dem Werk selbst und aus dem Arbeitsprozeß ergeben. Diese innere Spaltung des Begriffs *vis maior* kann aber irreführende Konsequenzen haben. Wenn auch die Voraussetzungen der Gefahrtragung des *locators* in den Quellen unterschiedlich qualifiziert wurden, kann man doch von sämtlichen Fällen feststellen, daß diese zum Kreis der unabwendbaren Ereignisse gehören (*cui resisti non potest*). Der Charakter der Ereignisse, deren Gefahr der *conductor* vor der Abnahme zu tragen hat, läßt sich nicht eindeutig feststellen. Eines ist jedoch unzweifelhaft: diese Schadensereignisse ergeben sich aus der Sache oder aus dem Arbeitsprozeß. Es fragt sich aber sehr, ob es sich hier um *vis maior* handelt. Für die Lösung dieses Problems kann man wohl kaum aufs Gebiet des

²²⁵ EISELE, SZ 10 (1889), S. 312 hält den Text vom Ausdruck *si modo* ab bis zum Ende für interpoliert, während nach E. ALBERTARIO, Annali dell' Università di Perugia 31 (1919), S. 25, Anm. 21 und anderen dies vom Ausdruck *nisi si* bis zum Ende der Fall sei.

²²⁶ Nach RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 221 sei der entscheidende Augenblick für den Übergang der Leistungsgefahr hier nicht das *adprobare*, das nur zwischen dem Besteller als *locator* und dem Unternehmer als *conductor* entscheidend sein könne. Vor der *adsignatio* sei der Besteller verantwortlich, dann aber werde er von der Verantwortung entlastet.

²²⁷ KASER, SZ 74 (1957), S. 186; BETTI, St. De Francisci, I, S. 189.

Haftungsrechtes verweisen. Hier handelt es sich um das Risiko der Unternehmung. Unter den damaligen Umständen hätte man ja nicht feststellen können, woraus sich das *operis vitium* ergab (selbst heute wäre das nicht so leicht).

Dieser Frage schließt sich ein anderes Problem an, nämlich, was der Ausdruck *opus probatur* bedeutete. Nach den Quellen hatte der *conductor* die sich aus dem Werk selbst ergebenden Schäden zu tragen, wenn sie vor der Erprobung auftraten. Der Begriff *opus probatur* ist also gleichbedeutend mit dem Gefahrenübergang²²⁸. Die fertige Arbeit muß dem Besteller zur Besichtigung, zur Erprobung, zur Untersuchung der Qualität übergeben werden. Nach der Untersuchung hat sich der Besteller vom Zustand der Sache ein Bild gemacht. Wenn sie sich als fehlerhaft erweist, gilt das als Fehler vor der Erprobung, deren Folgen den Unternehmer belasten: er trägt die Gefahr. Nach heutigem Wortgebrauch war das eine Qualitätskontrolle, eine qualifizierte Übergabe bzw. Abnahme, besonders bei Bauwerken. Nach der Erprobung trug der Besteller die Gefahr, wenn er die Sache für mängelfrei befand; von dieser Zeit an war also der Unternehmer von der Gefahrtragung befreit. Die Adprobation ist also nichts anderes als die Verpflichtung des *locator* zur Untersuchung zum gegebenen Zeitpunkt. Bis zur Adprobation wird die Gefahr vom *conductor*, von da an vom *locator* getragen. Wenn die Werkleistung nicht durch einmalige, sondern durch wiederholte Übergabe erfolgt, dann bedeutet die Probation eine Untersuchung von Fall zu Fall²²⁹.

Zur Frage der Gefahrtragung der von außen einwirkenden Naturereignisse widerspricht Labeos Ansicht der der anderen Klassiker. Daraus wird die Folgerung gezogen, daß sich die *locatio conductio operis* in ihrer endgültigen Gestalt erst nach der Wirkungszeit Labeos entwickelt habe. Die Kompilatoren stellten die Texte aus den verschiedenen Perioden oft kritiklos, doch glücklicherweise unter Angabe der Fundstellen nebeneinander, so daß die Feststellung der Gründe dieser Widersprüche möglich ist. Es wird auch die Auffassung vertreten, daß die überholten Regeln Labeos in der nachklassischen Zeit in den Texten einfach weggelassen wurden²³⁰. Labeos Ansicht muß also unter Berücksichtigung dieser Erkenntnisse gewertet werden.

Im weiteren wollen wir auch die zur Verfügung stehenden weniger bedeutenden Quellen untersuchen, die zur Abrundung des Gesamtbildes notwendig sind. Ulpian sagt:

D. 4.9.3 pr. und 1 (Ulp. 14 ad ed.): *Idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum perti-*

²²⁸ Gemäß BETTI, SZ 82 (1965), S. 13 und DERS., St. De Francisci, I, S. 180ff. sowie RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 206ff. bedeuten die Ausdrücke *probare* bzw. *adprobare aliquid* „etwas untersuchen“, „prüfen“, „billigen“, „für vertragsgemäß hergestellt ansehen“. Von der Seite des *conductor* hingegen bedeuten sie: „irgend jemandem etwas annehmbar verfertigen“, „etwas vertragsgemäß Hergestelltes übergeben“.

²²⁹ KASER, SZ 74 (1957), S. 187f.

²³⁰ Ebda., S. 191.

nere . . . nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari.

Wenn eine Ware, die vom Schiffer zum Transport übernommen worden ist, noch vor der Einschiffung zugrunde geht, wird die Gefahr auch in diesem Fall vom Schiffer getragen. Ulpian beruft sich auf Labeo, indem er sagt, daß der *conductor* nur im Falle des Schiffbruchs und des Piratenüberfalls von der Gefahrtragung befreit wird. Im Vergleich zu den vorangehenden Texten besteht die Abweichung hier darin, daß dort ausdrücklich der *locator* die Gefahr der *vis maior* zu tragen hatte, hier dagegen erwogen wird, daß es nicht ungerecht wäre, dem *conductor* eine Einwendung zur Entlastung zu gewähren.

Noch problematischer erscheint der von Ulpian stammende folgende Text:

D. 19.2.15.6 (Ulp. 32 ad ed.): *Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.*

Nicht einmal die vorausbezahlten Transportkosten gebühren dem Schiffer, wenn das Schiff versinkt. In der Quelle wird das Risiko ausschließlich auf den *conductor* abgewälzt. Dieser Text läßt sich nicht unter die bisher erörterten Quellen einreihen. KASER²³¹ führt die regelwidrige Abwälzung des Risikos der *vis maior* auf den *conductor* auf die besondere kaiserliche Einzelfallentscheidung im Text zurück. Diese Ansicht scheint annehmbar zu sein. Es ist nämlich sehr wahrscheinlich, daß die Regel die Folge einer einmaligen kaiserlichen Entscheidung ist.

Kaum ein Teil des Textes ist unverfälscht²³². Die Erkenntnis, daß dieses Fragment ein Ergebnis der Interpolation ist, erklärt den Widerspruch zu unseren bisherigen Ergebnissen.

Eine eigenartige Frage wird von Gaius erörtert:

D. 19.2.25.7 (Gai 10 ad ed. prov.): *Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum*

²³¹ Ebda., S. 193. — BETTI, St. De Francisci, I, S. 189 sieht hier eine Erfolgshaftung. Vgl. auch RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 217ff. Laut ALZON, Labeo 12 (1966), S. 335ff. seien in den Seeschiffsabkommen spezielle Risikoregeln gültig.

²³² Gewisse Textteile werden von A. PERNICE, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, III (Halle, 1892), S. 306, Anm. 1 als interpoliert angesehen. Vom Wort *quod* ab bis zum Ende wird der Text von BESELER, Beiträge zur Kritik, IV, S. 133 und A. GUARNERI CITATI, Studi sulla obbligazione indivisibile nel diritto romano, Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo 9 (1921), S. 168, Anm. 2 und DEMS., Contributi alla dottrina della mora, ebda. 11 (1923), S. 182 für interpoliert gehalten.

transportandum aliquis condukerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

MAYER-MALY²³³ sieht hier keinen Werkvertrag, sondern einen Vertrag mit dem Leiter einer Arbeitergruppe; der *conductor operis* arbeitet nämlich mit den von ihm angestellten Arbeitern.

Hier handelt es sich zweifellos um einen Grenzfall, nach unserer Ansicht aber eher um einen Werkvertrag als um einen Dienstvertrag: Der Leiter der Arbeitsgruppe unternimmt den Transport oder die Aufstellung einer Säule, nicht aber eine ständige Arbeit. Das Verhältnis zwischen ihm und den Arbeitern hat zweifellos den Charakter eines Dienstvertrags. Der Text ist stark interpoliert²³⁴. Das fällt übrigens schon beim ersten Lesen auf: *culpa autem abest . . . quae diligentissimus* ist eine Einschaltung von Justinian. Würden wir diese Teile weglassen, würde der Text folgendermaßen aussehen: *Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, periculum praestat.*

Das fixiert aber die Gefahrtragung des *conductor operis* bei Schäden, die sich beim Transport von der Sache selbst oder durch die Transportumstände ergeben.

Ähnlich verhält es sich mit folgendem vorklassischen Text Catos, der von der Olivenernte handelt. Die Rückgabe der Leitern ist Pflicht des Werkunternehmers.

Wenn die Leitern alt waren und brachen, ist es der Schaden des Besitzers. Wenn sie nicht alt waren und doch brachen, muß der Schaden vom Entgelt des Unternehmers abgezogen werden; also trägt der Unternehmer die Gefahr. Die Verteilung der Gefahr auf diese Weise ist sehr lebensnah:

Cato de agr. 144.2: *Scalae ita, uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt: si non erunt, reddet eaeque arbitrato reducetur.*

Nach Paulus hat der Unternehmer das Risiko zu tragen, wenn bei der Arbeit das Werkzeug zufällig bricht. Der stark verfälschte Text zeigt eine sonderbare Form der Gefahrtragung²³⁵:

Nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus. Sed si voluntate vectorum vel propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet (D. 14.2.2.1).

²³³ MAYER-MALY, *Locatio*, S. 28ff.

²³⁴ Einige Teile des Textes werden von HAYMANN, SZ 40 (1919), S. 192ff. als interpoliert angesehen. Diese Ansicht wird auch von ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*², S. 206ff. vertreten, während BESELER, *Beiträge zur Kritik*, IV, S. 134 und KUNKEL, SZ 45 (1925), S. 177 diese nicht ganz teilen. Der Textteil *culpa autem . . . fuisset* wird von LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità*, I, S. 57 und VÁZNY, *Annali Palermo* 12 (1926), S. 123 für das Ergebnis einer Interpolation gehalten.

²³⁵ Der Text vom Ausdruck *sed si* bis zum Ende wird von H. KRELLER, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 85 (1921), S. 299 für interpoliert gehalten, während BESELER, *Beiträge zur Kritik*, I, S. 82 und ebda., IV, S. 129 nur einige Teile des Textes für modifiziert erachtet.

Als Resümee unserer Erörterungen läßt sich die folgende kasuistische Zusammenstellung machen. Nach den Quellen trägt der *locator operis* in den folgenden Fällen die Gefahr:

Wenn die Sache infolge von *vis maior* untergeht; wenn das Werk *vi aliqua consumptum est*; wenn die *vis maior* nach Übergabe des Werkes eintritt; wenn der Kanal durch einen Bodenfehler (*solis vitio*) einstürzt; wenn das zur Hälfte aufgebaute Haus durch ein Erdbeben einstürzt; wenn der auf dem Schiff transportierte Sklave stirbt; wenn es am Besteller liegt, daß die Sache nicht erprobt werden konnte; wenn der Besteller alte Leitern gibt und diese brechen; wenn der Unternehmer die Arbeit nach der Anweisung des Bestellers verrichtet.

Der Unternehmer (*conductor operis*) trägt vor der Erprobung die Gefahr: wenn *opus vitiosum factum est*; wenn der Kanal *operis vitio* ruiniert wird; wenn sich der Fehler *ipsa re* ergibt; wenn der Balken beim Transport zerbricht; wenn die verschifftete Ware untergeht, das Schiff versinkt; wenn die neuen Leitern bei der Arbeit brechen; wenn der Handwerker seine eigenen Werkzeuge zerbricht.

Aus der obigen Aufzählung lassen sich folgende Regeln abstrahieren:

Der *locator* trägt die Gefahr: a) wenn das Werk vor der Erprobung durch ein unabwendbares Ereignis vernichtet wird; b) wenn der Unternehmer die Arbeit nach den Anweisungen des *locator* verrichtet; c) wenn der *locator* die Probation versäumt oder damit zögert; d) wenn der zufällige Schaden nach der Adprobation erfolgt; außerdem, wenn sein Werkzeug bei der Arbeit verschlissen wird oder untergeht, wenn der *locator* dem *conductor* die Werkzeuge für die Arbeit zur Verfügung stellt. Die Gefahrtragung des *conductor* hat zweierlei Voraussetzungen, und zwar: a) wenn der Schaden vor der Erprobung erfolgt bzw. b) er sich aus der Sache selbst ergibt, aus der Tätigkeit des Unternehmers oder zufällig aus den Arbeitsumständen.

3. Der Zinsnachlaß und die Gefahrtragung bei der Sachmiete und beim Pachtvertrag

Bei der *locatio conductio rei* ergibt sich, abweichend von der *l.c. operis* und *operarum*, neben der Gefahrtragung auch die Frage der *remissio mercedis*. In der Fachliteratur ist man bestrebt, die beiden Begriffe voneinander zu trennen²³⁶. Das

²³⁶ Im Schrifttum ist auch eine Ansicht bekannt, wonach die *remissio mercedis* als eine Gnade des Kaisers aufzufassen sei. Vgl. KASER, SZ 74 (1957), S. 174; E. WEISS, Institutionen des römischen Privatrechts² (Basel, 1949), S. 374. MAYER-MALY, Locatio, S. 140ff. führt eingehend aus, daß diese Rechtsinstitution als ein Mittel des Kampfes gegen den landwirtschaftlichen Niedergang am Ende des zweiten Jahrhunderts erschien, als Kompensation für die im öffentlichen Interesse liegende Anbaupflicht des Pächters. Eine entgegengesetzte Ansicht wird von ST. BRASSLOFF, Sozialpolitische Motive in der römischen Rechtsentwicklung (Wien, 1933), S. 88 vertreten. Nach ALZON, Labeo 12 (1966), S. 316ff. können wir von einer Ausnahme zugunsten des Pächters nicht sprechen; man kann eher sagen, daß die Rechtsgelehrten dem Eigentümer einen Vorteil gesichert haben, indem sie den im Falle einer schlechten Ernte nachgelassenen Pachtzins – der dem Pächter übrigens auch gebührt – aus den guten Ernten der folgenden Jahre zahlen lassen.

ist natürlich richtig; aber es muß darauf hingewiesen werden, daß das Unmöglichwerden der Leistung und die den Zinsnachlaß bedingenden Voraussetzungen zwar durch verschiedene Ereignisse herbeigeführt werden, beide Fälle aber doch gemeinsame Wurzeln haben: Grundsätzlich greifen die Gefahrtragungsregeln ein, wenn durch ein *vis maior*-Ereignis die ganze Ernte vernichtet wird. Aber auch dann, wenn durch Gewitter, andere Wetterunbilden oder sonstige zu Unfruchtbarkeit führende Ereignisse die Ernte nur zum Teil vernichtet wird, haben wir es mit *vis maior* zu tun; gleichwohl stellt sich hier die Frage des zeitweiligen Zinsnachlasses.

Wir werden die Untersuchungen unter diesem Aspekt führen. Wir müssen uns die Lehren der großen klassischen Juristen der Prinzipatszeit zu dieser Frage vor Augen halten. Ihrer Ansicht nach sind zwar die beiden Fragen verschieden; sie stammen aber doch vom gleichen Stamm und berühren sich immer wieder (Ulpian, Papinian, Alfien usw. D. 19.2), weshalb sie nur durch ihre gemeinsame Erörterung zu verstehen sind.

Bei der Untersuchung der Quellentexte kann in unserer Erörterung die Beurteilung der Texte an Hand der textkritischen Literatur nicht alleiniger Ausgangspunkt sein, was auch schon von KASER betont wurde²³⁷. Der Begriff der *vis maior* hat nämlich in nachklassischer bzw. justinianischer Zeit keine solchen Veränderungen erfahren, wie das bei den einzelnen Haftungsmaßstäben, vor allem aber beim Begriff der *custodia*-Haftung der Fall war²³⁸.

Unserem Thema entsprechend muß die Untersuchung der *l.c. rei* in drei Problembereiche unterteilt werden: die Sachmiete im engeren Sinne, die Pacht und die Teilpacht. Die Frage der *remissio mercedis* stellt sich sinngemäß nur bei der Pacht, bei den beiden anderen Fallgruppen dagegen nicht. Bei der Klärung der Frage kann die Teilpacht vernachlässigt werden; die Erörterung der Quellen zur Wohnungsmiete kann dagegen zur Lösung bedeutend beitragen.

Die bei der *l.c. rei* auftretenden Schadensursachen können im wesentlichen in zwei Gruppen geteilt werden: zum einen in das Verhalten der Vertragssubjekte (Frage der Verantwortung), zum anderen in die unvermeidbaren Naturereignisse (Gefahrtragung)²³⁹. Es ergibt sich aus dem Charakter der *l.c. rei*, daß die Schäden bei diesem Vertragstyp zumeist auf nicht zu verhindernde Ereignisse zurückzu-

²³⁷ KASER, SZ 74 (1957), S. 155 legt eingehend dar, daß die Versuche, die Widersprüche der Quellen mit textkritischen Methoden zu klären, ergebnislos verliefen. Die Unklarheit der Texte war seiner Meinung nach meistens das Ergebnis einer ungeschickten Bearbeitung und nie einer bewußten Neuformulierung. Nähern wir uns so der Frage, so kann die Entwicklungsrichtung des klassischen Rechts klarer gesehen werden. Es ist heute natürlich kaum mehr möglich festzustellen, ob die einzelnen Textveränderungen nachklassischen oder justinianischen Ursprungs sind.

²³⁸ KASER, RPR, I², S. 502ff.; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, SZ 89 (1972), S. 149, Anm. 1, S. 150, Anm. 2 und S. 151, Anm. 3. Betreffs der klassischen und justinianischen vertraglichen Haftung vgl. in der ungarischen Literatur: MARTON, A római magánjog, S. 189ff.; K. VISKY, Az antik római felelősségi rendszer Marton Géza tanításában (Budapest, 1973: Das antik-römische Haftungssystem in Géza Martons Lehre), S. 65ff.

²³⁹ KASER, SZ 74 (1957), S. 156.

führen sind. Die Schäden aus der Vertragsverletzung werden im Verhältnis zu den durch die Witterung verursachten Schäden in den Hintergrund gedrängt. Wird die Frage in diesem Sinne untersucht, so ist die Problematik der Gefahrtragung bei der *l.c. rei* von größerer Bedeutung als bei der *l.c. operis* bzw. der *l.c. operarum*. Anders ausgedrückt: die Vernichtung der Ernte durch Frostschäden, Dürre usw. ist ein so häufiges Phänomen, daß sich die Frage nach dem Zinsnachlaß als das Grundproblem der *l.c. rei* darstellt.

Wie es schon KASER darlegte²⁴⁰, ist die Gefahrtragung bei der *l.c. rei* gleichbedeutend mit der Zinsgefahrtragung; was darüber hinausgeht, fällt – sei es gleichfalls durch *vis maior* hervorgerufen worden – nicht in den Bereich der Gefahrtragung. Man könnte sagen, daß die Untersuchung der Gefahrtragung bei der *l.c. rei* nichts anderes ist als die Untersuchung der Frage, ob infolge zufälliger Ereignisse der Zins dem Verpächter gebührt oder nicht. Da es bei der *remissio mercedis* um die Zuweisung der Folgen solcher zufälliger Ereignisse geht, handelt es sich hier, mit einigen Abweichungen, um eine Art Gefahrtragung.

Im Falle der Wohnungsmiete besteht das unvermeidbare Ereignis in der Feuersbrunst und im Verschleiß des Gebäudes. Die Quellen sprechen in diesen Fällen wohl eindeutig über die Frage der Gefahrtragung.

Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dedit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetitum, non quasi indebitum conductum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret. Aliter atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam conditionem. Nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit, multum interest (D. 19.2.19.6).

Unter Berufung auf Mela stellt Ulpian fest, daß, wenn jemand eine Wohnung für ein Jahr mietet und die Miete im voraus bezahlt, die Wohnung aber nach 6 Monaten einstürzt oder abbrennt und damit zum bestimmungsgemäßen Gebrauch also nicht mehr geeignet ist, dieser die für die restliche Zeit vorausbezahlte Miete mit der *actio conducti* zurückfordern kann. Im weiteren erklärt Ulpian, warum man mit der *actio conducti* klagen muß. Für uns ist aber dieser Fall nicht von Bedeutung.

Alfen befaßt sich in seinem Text D. 19.2.30.1 mit den durch Feuersbrunst entstandenen Schäden²⁴¹. Das Interessante am Text von Alfen ist, daß das Gebäude hier kein Wohngebäude ist, sondern durch den Ädil für das

²⁴⁰ Ebda.

²⁴¹ Der Text von Alfenus Varus ist der folgende: *Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis laverentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret (D. 19.2.30.1).*

municipium als Bad gemietet wurde. Nach drei Monaten brannte das Bad ab. Für die Zeit, während der man nicht baden kann, ist keine Miete zu bezahlen, d. h. der Mieter ist wegen der als Folge des Brandes eingetretenen Unmöglichkeit der Nutzung nicht verpflichtet, Miete zu zahlen, und er kann die vorausbezahlte Miete zurückfordern²⁴². Die Zinsgefahr trägt der Vermieter. Beide Quellen scheinen original zu sein.

Auch der Text unter D. 19.2.30 pr. stammt von Alfen. In ihm wird die Situation behandelt, die durch den Abriß eines vermieteten Gebäudes entstanden ist:

Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam; quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

Im ersten Teil des Textes handelt es sich um ein Gebäude, dessen Inhaber es wegen eines *vitium aedificii* abreißen läßt. Das Gebäude ist wegen solcher Ursachen zerstört worden, die auf niemandes Tätigkeit zurückzuführen sind (wie z. B. gebrauchsbedingte Abnutzung, Materialermüdung, Baufällichkeit etc.). Dies sind im Grunde genommen unvermeidbare Ursachen; es ist deshalb sinnvoll, dem Mieter die bezahlte Miete zurückzuzahlen, da er die Wohnung nicht benutzen konnte.

Im zweiten Teil des Textes ist davon die Rede, daß der Eigentümer das Gebäude nicht wegen dessen Fehler abreißen läßt, sondern weil er ein besseres hat bauen lassen wollen (*quia melius aedificare vellet*). Diesmal, da der Mieter die Wohnung nicht aufgrund von *vis maior*, sondern ganz einfach wegen des Verhaltens des Inhabers verlassen muß, kann er nicht nur die Miete zurückfordern, sondern auch Schadensersatz verlangen (z. B. müssen die Kosten des Umzuges ersetzt werden). Dabei ergeben sich Haftungsprobleme, auf deren ausführlichere Analyse wir nicht eingehen. Über die Echtheit des Textes werden in der Literatur verschiedene Ansichten vertreten²⁴³. Es ist wahr, daß die Formulierung des zweiten Textteiles etwas kompliziert ist; sein Inhalt stimmt aber mit den bis jetzt behandelten Quellen überein, weshalb die Untersuchung der Frage nicht von Bedeutung ist.

²⁴² Gemäß dem in D. 19.2.9.3 befindlichen ulpianischen Text hat der *locator*, wenn das Feuer vom Mieter oder Pächter herbeigeführt wurde, die Gefahr nicht zu tragen. Daraus folgt, daß in anderen Fällen der Brand als ein *vis maior*-Ereignis dem *locator* zur Last fällt.

²⁴³ Der Text von D. 19.2.30 pr. wird vom Ausdruck *si vitiatum* ab bis zum Ende von E. ALBERTARIO, *Contributi alla critica di Digesto* (Pavia, 1911), S. 18 für interpoliert gehalten. BESELER, *Beiträge zur Kritik*, III, S. 48 sieht hingegen diesen Text als original an.

In D. 19.2.27 pr. ist ein rege Diskussionen hervorrufender Text von Alfen vorzufinden, dessen Unverfälschtheit viele bezweifeln²⁴⁴:

Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet.

Hier wird von Alfen ein Fall bearbeitet, in dem der Gebrauch der vermieteten Wohnung von vielen Ungelegenheiten begleitet ist. Wegen des Abrisses und Umbaus eines Teiles des Hauses ist das Gebäude zwar benutzbar, macht aber nur Unannehmlichkeiten. Alfen ist der Meinung, daß die Miete in solchen Fällen nicht zu mindern ist; die Parteien sollen die Last der Umbauarbeiten gemeinsam ertragen. Ist dieser Umbau aber von einem Umfang (z. B. die Entfernung des Daches), der – wenn auch nur zeitweilig – den Gebrauch ausschließt oder ihn in größerem Maße beschränkt, ist für diese Zeit keine Miete zu zahlen.

Ein ähnlicher Fall wird von Labeo D. 19.2.60 pr. behandelt²⁴⁵. Falls eine Wohnung wegen Umbauarbeiten weder vom Mieter noch vom Untermieter gebraucht werden kann, so hat der Mieter dem Vermieter keine Miete zu zahlen. Dies bedeutet praktisch, daß, wenn in der Wohnung Einsturzgefahr besteht und der Eigentümer das Haus im Interesse der Bestandswahrung reparieren läßt und infolgedessen der Mieter diese nicht bewohnen kann, jener keinen Anspruch auf Miete erheben kann²⁴⁶.

In D. 19.2.27.1 untersucht Alfen, anders als bisher, nicht die infolge der Unmöglichkeit der Leistung eingetretene Situation, sondern die sich aus einer Gefahr ergebenden Folgen:

²⁴⁴ Der Text wird z. B. von E. ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne*, Rivista di diritto commerciale 20 (1922), S. 685 und von F. P. BREMER, *Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I (Leipzig, 1896), S. 205 für interpoliert gehalten. MAYER-MALY, *Locatio*, S. 154 unterscheidet zwischen kleineren und größeren Verbesserungen und versucht so, den richtigen Sinn des Textes festzustellen. LONGO, *St. Biondi*, II, S. 307 hält diesen Teil für eine justinianische Überarbeitung.

²⁴⁵ *Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex kalendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. Itaque si ea domus ex kalendis Ianuarii fulta in kalendis Iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex kalendis Iuliis refecta domo habitare, nisi si paratus fuisset, locator commodam domum ei ad habitandum dare.* Vgl. zu diesem Text die Feststellungen von MAYER-MALY, *Locatio*, S. 147 und KASER, *SZ* 74 (1957), S. 183. Entgegen KASER und MAYER-MALY hält LONGO, *St. Biondi*, II, S. 309 den Text für interpoliert.

²⁴⁶ Der Mieter wird – wie es Ulpian (D. 19.2.19.6) festgestellt hat – von Zinszahlung natürlich auch durch den Einsturz befreit.

Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere.

Es erhebt sich die Frage, ob einer, der aus Furcht aus der Wohnung auszieht, Miete zahlen muß. Alfen löst das Problem wie folgt: Hatte der Mieter einen berechtigten Grund, eine bestimmte Gefahr zu fürchten, so braucht er keine Miete zu zahlen. Aus der Quelle wird nicht klar, um welche Gefahrenlage es sich handelt. Der Auszug aus einer Wohnung wird eigentlich nur in solchen Fällen in Frage kommen, in denen das Gebäude aus irgendeinem Grund vom Einsturz bedroht ist oder aus anderen Gründen für den im Haus wohnenden Mieter Lebensgefahr besteht. Auf einen solchen schweren Fall weist das im Text zweimal verwendete Wort *periculum* hin, das hier keine Gefahrtragung im technischen Sinne, sondern das Eintreten einer Gefahrenlage bedeutet. Hat sich zwar diese Gefahr nicht realisiert, hatte der Mieter mit ihrem Eintritt aber ernsthaft zu rechnen, so ist der Mieter nicht verpflichtet, für die Zeit nach dem Auszug Miete zu zahlen. Der Text scheint von *sed si* an bis zum Ende des Abschnittes interpoliert zu sein; dieser Satz ist aber als eine Erklärung des Vorangehenden zu verstehen, so daß also eine eventuelle Interpolation angesichts der sonstigen Vollständigkeit des Textes gleichgültig ist²⁴⁷.

Die zur Wohnungsmiete untersuchten Quellen befassen sich im wesentlichen mit den durch Feuer (*incendium*) bzw. durch die Baumängel des Hauses (*aedificii vitium*) verursachten Fälle der Unmöglichkeit der Leistung. In diesem Bereich gilt durchgehend das Prinzip des *periculum locatoris*, d. h. die Zinsgefahr wird immer vom Vermieter getragen²⁴⁸. Wenn unerwartete Ereignisse eintreten, die den Gebrauch des vermieteten Hauses unmöglich machen, ist der Mieter nicht verpflichtet, für die Zeit der Unmöglichkeit des Gebrauchs Miete zu zahlen. Daraus kann als allgemeine Regel abgeleitet werden, daß, wenn der Vermieter infolge der unerwarteten Ereignisse den Gebrauch des Gebäudes nicht gewährleisten kann, er keine Miete beanspruchen darf. Bei der Sachmiete i. e. Sinn wird also die Gefahr immer vom Vermieter getragen²⁴⁹.

Gehen wir nun zur Pacht über. In den Quellen wird im allgemeinen nur die Bodenpacht behandelt und über die Frage der *remissio mercedis* gemeinsam mit der der Zinsgefahr geredet.

²⁴⁷ BREMER, *Jurisprudentiae*, S. 205 hält den § 1 vom Ausdruck *sed si* ab bis zum Ende für interpoliert. Vgl. noch MAYER-MALY, *Locatio*, S. 217.

²⁴⁸ Gemäß BETTI, SZ 82 (1965), S. 18 war es entscheidend, ob die Möglichkeit der normalen Benützung weiterbestand oder nicht. Die mit dem Untergang der Sache eintretende Unmöglichkeit der Leistung befreit im Falle der Sachmiete notwendigerweise den Mieter von der Verpflichtung zur Zinszahlung. Ebenso SCHULZ, *Roman Law*, S. 548.

²⁴⁹ Vgl. mit der Meinung von LONGO, St. Biondi, II, S. 287 ff. und PROVERA, St. Betti, III, S. 693 ff. Ebenso SCHULZ, *Roman Law*, S. 548.

Zum Problem der Gefahrtragung ist der Text von Ulpian unter D. 19.2.15.2 als Quelle von grundlegender Bedeutung anzusehen²⁵⁰:

Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens par lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

Ulpian wirft die Frage auf, ob der Verpächter den Schaden zu tragen hat, wenn dieser durch das Wetter verursacht worden ist. Auf Servius bezugnehmend beantwortet er die Frage dahingehend, daß für jedes Ereignis, dem zu widerstehen unmöglich ist, der Verpächter das Risiko zu tragen hat²⁵¹. Für Ulpian gilt das als Grundregel; er führt dann Beispiele auf, um zu zeigen, was unter „unwiderstehlicher Gewalt“ zu verstehen ist. Der Ausdruck *cui resisti non potest* wird für eine Interpolation aus späterer Zeit gehalten²⁵². Unseres Erachtens ist es kaum anzunehmen, daß Servius, der hervorragendste Rechtswissenschaftler am Ende der Republik, den Begriff der „unwiderstehlichen Gewalt“ nicht gekannt haben soll. Es wäre aber geradezu absurd anzunehmen, daß der ihn zitierende

²⁵⁰ ALZON, Labeo 12 (1966), S. 312ff. hält den von Ulpian stammenden Text von D. 19.2.9.1 für eine Quelle von grundsätzlicher Bedeutung, dessen Aussage es ist, daß der *conductor rei* die Sache zur Benutzung erhalten soll. Bekommt er sie nicht oder nur teilweise, so ist er nicht bzw. nur teilweise verpflichtet, den vereinbarten Zins zu zahlen. Bei der Prüfung der Gefahrtragung halten auch die übrigen Quellen diese ulpianische Regel für maßgeblich und entscheiden entsprechend. Nach unserer Meinung ist es gleichgültig, ob diese Quelle Regeln zur Gefahrtragung enthält. Es können aus dieser keine allgemeinen Schlußfolgerungen gezogen werden.

²⁵¹ MAYER-MALY, Locatio, S. 193 hält den angeführten Text für das Ergebnis einer nachklassischen Überarbeitung. Seiner Ansicht nach sei bei der Entscheidung der Gefahrtragung nicht wesentlich, ob es sich um ein Ereignis handelt, *cui resisti non potest*, oder ein *vitium*, das *ex ipsa re oritur*, sondern, ob der Schadensfall die Folge eines gewöhnlichen oder eines unvorhersehbaren Umstandes war. Nach KASER, SZ 74 (1957), S. 170 werde hingegen das Risiko im Falle der *vis cui resisti non potest* vom *dominus (conductor)* getragen. Die im Text befindliche Differenzierung rühre seiner Meinung nach offensichtlich von Ulpian her. Dieser Standpunkt sei – wie er a.a.O. Anm. 51 a bemerkt – auch im Schrifttum im allgemeinen (LUZZATTO, BETTI, BIONDI, VISKY) anerkannt. Bemerkenswert ist auch die hierzu ausgeführte Meinung von MIQUEL, SZ 81 (1964), S. 174ff.

²⁵² Dies ist die Ansicht von DE MEDIO, BIDR 20 (1908), S. 188ff. und GUARNERI CITATI, *Miscellanea esgetica* I, estr. in: *Annali dell'Università di Perugia* 37 (1924), S. 50.

Ulpian sich über diesen Begriff nicht im klaren gewesen wäre²⁵³. Man kann annehmen, daß Ulpian selbst nur den Ausdruck *omnem vim* gebraucht hat und die Wendung *cui resisti non potest* nur als erläuternde Ergänzung zu *omnem vim* eingefügt ist. Wenn aber *cui resisti non potest* tatsächlich eine Interpolation aus nachklassischer Zeit sein sollte, kann zu Recht geschlossen werden, daß die Nachklassiker unter *vis maior* im wesentlichen dasselbe verstanden haben wie die Klassiker. Darüberhinaus waren sie auch hinsichtlich der Gefahrtragung beim Pachtvertrag mit den Klassikern einer Meinung. Die Interpolationen im Quellenmaterial zur Gefahrtragung können also kaum Veränderungen an den Prinzipien der Klassiker bewirkt haben; vielmehr scheint es wahrscheinlich, daß in dieser Frage die justinianischen Kodifikationen mit den klassischen Prinzipien völlig übereinstimmen. Zwar ist davon auszugehen, daß in bestimmten Texten abstrahiert wurde, was aber keine Verfälschung der Textaussagen nach sich gezogen hat²⁵⁴.

²⁵³ KASER, SZ 74 (1957), S. 171 ff. führt eingehend aus, daß der Ausdruck *cui resisti non potest* kaum das Ergebnis einer späteren Insertion sein kann. Wäre nämlich nur der Ausdruck *vim praestare* verwendet worden, so hätte dies den Sinn des Textes viel zu unsicher gemacht. Der Sinn des Ausdrucks *cui resisti non potest* wird von Ulpian's Gedanken völlig gedeckt. Dieser Ausdruck war vollkommen geeignet, die im Text eingeführten qualifizierten Zufallstatbestände zu beschreiben. Der die Gefahrgemeinschaft betreffende Teil des Textes sei seiner Meinung nach gleichfalls original. Vgl. noch MAYER-MALY, Locatio, S. 189 und LUZZATTO, Caso fortuito, S. 214 ff. — Servius beschäftigt sich übrigens mit dem Begriff des unabwendbaren Ereignisses in Form des Ausdrucks *vis divina* nicht nur hier, sondern auch im Rahmen von D. 39.2.24.4. Betreffs der Originalität dieses Textes hat übrigens nur BESELER, Beiträge zur Kritik, V, S. 67 und DERS., SZ 45 (1925), S. 178 Bedenken, insofern er den § 4 vom Ausdruck *non si* ab bis zum Ende für interpoliert hält. CONDANARI MICHELER, *Vis extrinsecus admota*, in: Festschrift für L. Wenger, I (München, 1944), S. 243 hält hingegen den Ausdruck *vis divina* für den originalen Ausdruck des Servius, ebenso wie den — dem Schrifttum zufolge über allen Interpolationsverdacht erhabenen — Ausdruck *vis extrinsecus admota*, der von Alfenus Varus herrührt (D. 39.2.43 pr.). Daraus folgt notwendigerweise, daß, wenn auch die Abfassung des Ausdrucks *casus cui resisti non potest* für nachklassisch gehalten werden könnte, sein Sinn, sein Wesen selbst in der Rechtswissenschaft der *veteres* nicht unbekannt war. In Verbindung mit dem Ausdruck von Servius kann zwar das Bedenken bestehen, daß sein griechisches Äquivalent (θεῶν βία), das im Text von D. 19.2.25.6 erscheint, nicht aus der griechischen Philosophie, sondern aus der christlichen Lehre herrühre, wie H. PETERS, Brenkemanns Papiere zu Göttingen, SZ 32 (1911), S. 376 meint. Die Originalität von Alfenus' Ausdruck *vis extrinsecus admota* weist aber darauf hin, daß das Äquivalent des Ausdrucks *vis divina*, d. h. der Begriff der unüberwindlichen Kraft sich dem Wesen nach schon bei den *veteres* ausgestaltet hatte.

²⁵⁴ MAYER-MALY, Locatio, S. 193 ist der Meinung, daß der Begriff der *vis maior* sich in der klassischen Periode noch nicht vollkommen stabilisiert habe, während nach KASER, SZ 74 (1957), S. 171 ff. die Klassiker mit diesem Begriff ausdrücklich höhere Gewalt bezeichneten und so der Ausdruck *cui resisti non potest* auf alle Fälle original sei. Gleichfalls für original wird dieser Ausdruck auch von ARANGIO-RUIZ, Responsabilità², S. 199, BETTI, St. De Francisci, I, S. 192, WIEACKER, Textstufen, S. 255 ff. und im ungarischen Schrifttum von VISKY, RIDA 3 (1949), S. 470 ff. gehalten. Der obige Text wurde mit dem unter PSI, XIV, 1449 befindlichen Text verglichen, und es wurde festgestellt, daß der geprüfte Text aus der klassischen Periode stammt.

Ulpian führt die folgenden *vis maior*-Ereignisse auf, bei denen die Gefahr vom *locator* getragen wird.

Es sind dies die Fälle, in denen die Ernte

- a) infolge Vogelfraßes oder ähnlicher Ereignisse,
- b) infolge Truppeneinfalles,
- c) eines Erdbebens,
- d) eines Frostschadens oder einer Dürre

vernichtet wird.

Wahrscheinlich waren die von Ulpian für bemerkenswert gehaltenen Fälle die häufigsten Schadensursachen. Diese Ereignisse haben eine gemeinsame Folge: durch sie wird die ganze Ernte vernichtet (*omnem, quae fructum oleae corruerit*). Der entscheidende Unterschied zwischen der sich aus einem *vis maior*-Ereignis ergebenden Gefahrtragung und der sich ebenfalls aus einem *vis maior*-Ereignis ergebenden *remissio mercedis* besteht ausschließlich darin, daß beim letzteren nur ein Teil der Ernte vernichtet wird. Im weiteren soll dies eingehend untersucht werden. Der *locator* trägt also dann die Zinsgefahr, wenn die Ernte durch das *vis maior*-Ereignis völlig vernichtet worden ist. In Anbetracht der damaligen Wetterverhältnisse in Italien glauben wir, daß diese vor Frost, Dürre und Vogelfraß nicht geschützt werden konnte.

Dies waren die in der landwirtschaftlichen Produktion die meisten Schäden verursachenden Naturkatastrophen; es kommen aber noch andere Ereignisse in Betracht. So hat das Erdbeben noch schwerere Folgen, weshalb Ulpian es mit Recht in die Reihe der *vis maior*-Ereignisse einordnet. Unter Feindeseinfall wurde in der Literatur vor allem das Unwesen römischer Soldaten verstanden²⁵⁵. Darauf weist auch der Textteil hin: „Wenn das durchmarschierende Heer aus Mutwillen etwas fortträgt“. Denken wir nur an den Fall, daß eine große Militäreinheit in einem Weinberg lagert, der schon reife Trauben trägt; was bleibt dort von den Weintrauben? Ulpian bezog natürlich den Ausdruck *incursus hostium* auch auf das Grenzgebiet des Reiches, wo zu jener Zeit auch feindliche Einfälle vorkamen. Der Anfangsteil des Textes *et si* wird als interpoliert bezeichnet²⁵⁶. Ohne Zweifel beinhalten beide Satzteile eine abstrakte Regel im Gegensatz zu der ansonsten kasuistischen Aufzählung. Unseres Erachtens wird dadurch der Textsinn noch deutlicher. Neben dem Starenfraß kamen auch andere von Tieren verursachte Schäden vor, die aufzuzählen man damals aber nicht für nötig befunden hat.

Unter den beispielhaft angeführten Schadensereignissen findet sich auch der Fall, daß zwar nichts Außergewöhnliches vorgefallen ist, ein Schaden aber trotzdem entstanden ist. Diese Schäden hat regelmäßig der Pächter zu tragen. Es ist fraglich, was unter dem Ausdruck zu verstehen ist. Wird die Ernte von Frost, Dürre usw. heimgesucht, so hat ohne weiteres der Verpächter diesen Schaden zu

²⁵⁵ Der Einfall des Feindes wird von MAYER-MALY, *Locatio*, S. 191 als ein Übergriff der römischen Soldaten aufgefaßt. Seiner Meinung nach konnten selbst die Klassiker (Labeo, Ulpian) nur an durchmarschierende römische militärische Einheiten gedacht haben. In ihrem Zeitalter vermochten nämlich fremde Truppen Italien auf keine Weise zu gefährden.

²⁵⁶ DE MEDIO hält den Textteil *et si quid . . . acciderit* für das Ergebnis einer Interpolation (BIDR 20 [1908], S. 188 ff.).

tragen. Die Ursache und die Folgen sind offensichtlich. Es kann aber auch vorkommen, daß sich ein derartiges Schadensereignis zwar nicht zugetragen hat, der Pächter wegen schlechten Wetters aber dennoch einen Schaden hat. Von diesen Schäden wurde er nicht entlastet, da sie nicht auf ein *vis maior*-Ereignis zurückgeführt werden konnten. Hier gehen wir zur Gefahrtragung des Pächters über.

Wenn die Fehler sich aus der Sache selbst ergeben, ist es gemäß der eindeutigen Formulierung Ulpians der Schaden des Pächters. Das ist z. B. der Fall, wenn der Wein zu Essig oder wenn die Saat von Unkraut überwuchert wird. Dies sind die oben genannten Fälle, in denen „nichts Außergewöhnliches passiert ist“.

Die hier aufgeführten ulpianischen Beispiele betreffen unvermeidbare Schäden, die nicht als Folge einer äußeren Gewaltanwendung entstanden sind, sondern sich aus der Sache selbst ergeben haben. Es kann zwar in diesen Fällen ein Verschulden des Pächters in Betracht kommen, doch soll dieser Aspekt hier nicht näher untersucht werden. Ulpian beläßt diese Fälle im Kreis der Gefahrtragung; einen solchen Schaden hat der Pächter zu tragen: er muß den Pachtzins bezahlen.

Sehr interessant und zugleich problematisch ist der folgende Teil des zitierten Textes von Ulpian: *Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur.*

In diesem Abschnitt sagt Ulpian, daß, falls durch Erdbeben die ganze Ernte vernichtet wurde, dieses nicht der Schaden des Pächters sei, damit er nicht über den Verlust der Saat hinaus auch noch zur Zahlung des Pachtzinses verpflichtet werde.

Wie schon erwähnt, ist die Gefahrtragung bei der *l.c. rei* nichts anderes als die Frage der Zinsgefahrtragung. Es ergibt sich trotzdem, daß die Gefahrtragung des Pächters im vorliegenden Fall viel weitreichender als die des Verpächters ist. Der Verpächter erhält den Pachtzins nicht; er ist nur gezwungen, die Naturkatastrophe zur Kenntnis zu nehmen. Der Pächter kommt aber um den Nutzen (Nutzungsinteresse)²⁵⁷. Die von ihm geleistete Arbeit ist vergeblich, die den Tagelöhnern bezahlten Löhne belasten ihn als realer Schaden. Geht es um ein größeres Grundstück, so können die Tagelöhne eine große Summe ausmachen. Darüber hinaus geht auch noch das ausgebrachte Saatgut verloren. Das ist ebenfalls ein Schaden des Pächters. Im Zusammenhang mit einem *vis maior*-Ereignis kommt eine Reihe von Schäden außerhalb des Bereichs der Zinsgefahrtragung vor. Diese Schäden können auf niemanden abgewälzt werden. Im wesentlichen handelt es sich hier also um eine Gefahrtragung, und zwar um eine Gefahrtragung, die weit über die Gefahr des Verlustes des Pachtzinses hinausreicht.

²⁵⁷ KASER, SZ 74 (1957), S. 186 führt aus, daß, wenn der Verpächter das *frui licere* aus irgendeinem Grund dem Pächter nicht gewähren kann, diesem nur der schon bezahlte Pachtzins zurückzuzahlen sei. Der Betrag des Pachtzinses und das Interesse des Pächters sollen voneinander streng getrennt werden. Die Erstattung des Interesses könne nicht in Frage kommen.

Der Pächter ist gezwungen, außer dem ausgefallenen Nutzen (hinsichtlich des Nutzungsausfalls besteht zwischen Pächter und Verpächter, ja eine Art Schadensteilung) auch konkrete Schäden (wie z. B. den Verlust des Saatgutes, bezahlte Tagelöhne) zu tragen. Diese Frage wird freilich im Quellenmaterial nicht aufgeworfen. Es wird nur darauf hingewiesen, daß der arme Pächter auch noch den Verlust des Saatguts zu tragen hat. Es kann also festgestellt werden, daß auch in jenen Fällen, in denen die Zinsgefahrtragung auf den Verpächter abgewälzt wird, der Pächter eine Gefahr zu tragen hat, und zwar Schadensrisiken, die meist höher sind als die des Verpächters. Absolut kann also höchstens von einer Schadensteilung die Rede sein. Es ist zwar richtig, daß der Verpächter in diesen Fällen keinen Pachtzins erhält, da die Zinsgefahr von ihm getragen wird; wie aber zu sehen ist, belasten die übrigen, sich gleichfalls aus diesem Ereignis ergebenden Schäden den Pächter, so daß er auch eine gewisse Gefahr zu tragen hat. Der Pächter ist eben stärker den Launen des Wetters ausgesetzt als der Verpächter. Dieser miserablen Situation kann nur eine gute Ernte in den folgenden Jahren abhelfen.

Daß die Stellungnahme zum Verlust des Saatgutes nicht nur in einer einzigen Entscheidung vorzufinden ist, beweist auch der D. 19.2.15.7 überlieferte Text, der von Ulpian stammt:

Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata: supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.

In dieser Quelle wird entschieden, daß, auch falls der Pächter von der vollen Zinszahlungspflicht befreit wird, vom Ersatz seines Interesses keine Rede sein kann und er außerdem für den Wert des von ihm ausgesäten Getreides keinen Ersatz verlangen kann, da er diese Schäden selbst zu tragen hat. Diese Entscheidung scheint nicht so ungerecht zu sein wie die früher erwähnte, da der Zinsnachlaß darauf schließen läßt, daß nicht die ganze, sondern nur ein Teil der Ernte untergegangen ist. In solchen Fällen ist es gerecht, sowohl das Interesse als auch den Wert des verlorengegangenen Saatguts vom Pächter tragen zu lassen.

Aufgrund der in den beiden Quellen vorhandenen Entscheidung kann festgestellt werden, daß der Verlust des Saatgutes immer den Pächter belastet. So gehört diese Art des Verlustes bei einem Pachtvertrag immer zum eigenen Risikobereich des Pächters. Eine Ausnahme gibt es nur bei der Teilpacht, bei der die Parteien allen Nutzen und Schaden teilen (D. 19.2.25.6).

Die folgende Entscheidung Ulpians (D. 19.2.19.1) gibt Anlaß zu einer Diskussion²⁵⁸. Bei der Erörterung dieses Rechtsfalles beruft sich Ulpian auf Servius,

²⁵⁸ Nach KASER, SZ 74 (1957), S. 176ff. seien die Quellen hinsichtlich des unkrautbefallenen Ackers oder der unkrautbefallenen Weide bzw. der Folgen der von den dort gewachsenen Giftpflanzen verursachten Schäden widersprüchlich. Servius schiebt das Risiko der infolge des Unkrautbefalls zugrundegegangenen Saaten auf den Pächter ab, während im Falle der infolge des Fressens giftiger Gräser umgekommenen Tiere der Verpächter den Schaden zu

Labeo und Sabinus. Die Übereinstimmung dieser Juristen scheint auf eine allgemeine Regel hinzuweisen; die Textstelle kann aber anders gedeutet werden.

Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit.

Es scheint zwischen dem eben zitierten Text und Ulp. D. 19.2.15.2 (oben S. 666) ein Gegensatz zu bestehen. Unseres Erachtens aber gibt es hier keinen Widerspruch zwischen dem Fall, in dem infolge Unkrautbefalls die Saat auf dem Felde vernichtet wird, und dem, in dem Schafe durch giftiges Gras zu Schaden gekommen sind:

Im ersten Fall ist es der Schaden des Pächters, im zweiten der des Verpächters, obwohl es sich in beiden Fällen um solche Schäden handelt, die *ex ipsa re oriuntur* und als solche an sich den Pächter belasten sollten. Wegen der durch giftiges Gras umgekommenen Schafe müßte angenommen werden, daß der Verpächter nicht nur den Pachtzins nicht verlangen darf, sondern auch das Interesse des Pächters zu ersetzen hat. Eine solche Regel ist aber im Regelungsbereich der Gefahrtragung nicht vorzufinden.

Es handelt sich hierbei um ein Problem aus dem Bereich der Haftung, wenn sich der Schaden auf ein Verschulden des Verpächters zurückführen läßt. Der Verpächter muß im wesentlichen garantieren, daß es auf der verpachteten Wiese kein giftiges Gras gibt. Nach Ansicht mancher ist anzunehmen, daß der Text völlig überarbeitet wurde, was zur Folge hat, daß er fast unkenntlich wurde oder daß der Ausdruck „der Mangel kennende“ Verpächter durch den Ausdruck „nicht kennender“ ersetzt wurde²⁵⁹. Falls es sich also um einen Verpächter handelt, der den Mangel kennt, aber verschweigt, hat er neben dem Pachtzinsnachlaß auch den Schaden des Pächters zu ersetzen.

Das zur Gefahrtragung Dargelegte wird in dem D. 19.2.33 überlieferten Quellenmaterial auf interessante Weise illustriert. Bis jetzt hatten wir es mit solchen *vis maior*-Ereignissen zu tun, deren Folgen die Landwirtschaft betrafen,

tragen hat. Nachdem die Schäden in beiden Fällen *ex ipsa re oriuntur*, nimmt er an, daß der Textteil D. 19.2.19.1 ungenau abgefaßt sei. Vgl. MAYER-MALY, *Locatio*, S. 169.

²⁵⁹ F. HAYMANN, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache (Berlin, 1912), S. 101 hält anstatt des Wortes *ignarus* gerade das Wort *sciens* für angebracht. KUNKEL, SZ 45 (1925), S. 327 meint, daß der Teil *nec . . . excusata* interpoliert sei. K. HELDRICH, Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, 7 (Leipzig, 1924), S. 21 ff. hält den Satzteil *si ignorasti . . . petes* für interpoliert. LONGO, St. Biondi, II, S. 299 versucht, den klassischen Text, der beiden Entscheidungen entspricht, zu rekonstruieren. Seiner Ansicht nach sei es infolge der verschiedenen Insertionen nicht möglich, für die zwei Tatbestände gegensätzliche Erklärungen zu geben.

wobei es sich meistens um Witterungsprobleme gehandelt hat. Africanus aber behandelt eine sich bei der Enteignung (*publicatio*) ergebende Frage:

Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

Das Wesentliche in diesem Fragment ist folgendes: ein verpachtetes Grundstück wird enteignet. In diesem Falle kann der Pächter die Rückzahlung des Pachtzinses vom Verpächter *ex conducto* verlangen. Africanus sucht seine Meinung durch Beispiele zu stützen. Er stellt dem Enteignungsfall den Fall gleich, in dem ein im Bau befindliches Haus infolge eines Erdsturzes zerstört wird, d. h. die Enteignung wird von ihm als *vis maior* gewertet.

Am Schluß des Fragments werden *vis maior* und die Macht des Enteignenden gleichgestellt (*propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris*). Wenn die Enteignung nicht zu verhindern war, es also nicht am Verpächter lag, ist dieser nach den bekannten Rechtsgrundsätzen nur verpflichtet, den vorausbezahlten Pachtzins zurückzugewähren oder ihn ansonsten zu erlassen. Zu weiterem ist er nicht verpflichtet²⁶¹. Zur Unterstützung dieser Ansicht führt Africanus Beispiele an. Er behauptet, daß, wenn der Pächter an der Nutzung des *fundus* vom Verpächter oder von einer dritten Person gehindert wird, obwohl der Verpächter diese davon hätte abhalten können, dieser verpflichtet sei, auch den Schaden des Pächters zu ersetzen. Diese Rechtsfolge ist auf den Fall der Enteig-

²⁶⁰ Nach KASER, SZ 74 (1957), S. 166 sei die Tatsache, daß es auf der Weide Giftpflanzen gibt, eine Möglichkeit, mit der der Grundpächter zu rechnen habe. Für einen solchen Fehler habe der Verpächter nur zu haften, falls er vom Fehler Kenntnis gehabt und diesen arglistig verschwiegen habe. Im übrigen werde der Pächter nur von der Zahlung des Pachtzinses befreit, weil er das gepachtete Grundstück nicht zu benutzen vermag.

²⁶¹ Laut KASER, SZ 74 (1957), S. 178 sei die Pflicht, die Pachtzinsen zurückzuzahlen, keine Neuerung der Kompilatoren. Er zieht eine Parallele zwischen der *l.c. operis* und der *l.c. rei* und stellt fest, daß es sich in ähnlichen Fällen bei der *l.c. operis* nur um die Bezahlung des Werklohnes, bei der *l.c. rei* hingegen um die Rückzahlung des Mietzinses handle. Das Interesse könne nicht in Frage kommen. Eine ähnliche Meinung wird auch von MAYER-MALY, Locatio, S. 163ff. vertreten. Vgl. N. PALLAZOLO, Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore, BIDR 68 (1965), S. 292ff. sowie LUZZATTO, Caso fortuito, S. 217 und PROVERA, St. Betti, III, S. 707.

nung nicht anwendbar, da diese vom Verpächter nicht verhindert werden kann. Die Feststellungen und Beispiele des Africanus lassen zweifelhaft erscheinen, wie die *publicatio* zu beurteilen ist. Es gab eine rege Diskussion um die Originalität des Fragments. HAYMANN und PARIS betrachten es als nicht völlig echt²⁶². Andere sind der Meinung, daß einzelne Wörter oder sogar ganze Sätze eingeschoben worden sind²⁶³. Besonders die Trennung von Gefahrtragung und Interesse am Ende des Textes sei als eine Frucht der Arbeit der Kompilatoren zu betrachten²⁶⁴. Wir sind der Meinung, daß diese Ansichten kaum haltbar sind. Die Auffassung, daß der vorliegende Text gänzlich echt sei, teilen wir aber auch nicht²⁶⁵. Der Text ist schwierig; stellenweise veranlaßt er Mißverständnisse, wodurch bewiesen wird, daß er seine gegenwärtige Form durch mehrere Überarbeitungen erhalten hat. Unabhängig davon wird aber das Prinzip deutlich, daß die Publikation ein abwendbares Ereignis ist und die Folgen eines solchen Ereignisses vom Verpächter zu tragen sind. Gerade aus der Überarbeitung läßt sich aber wiederum entnehmen, daß bezüglich der Gefahrtragung beim Pachtvertrag sowohl die Klassiker als auch die Nachklassiker gleicher Meinung sind. Die Interpolationen erläutern die Thesen, die von Africanus am Anfang des Fragments aufgestellt worden sind.

Interessant ist der Text Ulpian's D. 19.2.9.4, in dem er sich mit der Gefahrtragung im Falle eines Raubes befaßt:

Imperator Antoninus cum patre, cum grex esset abactus quem quis conduxerat, ita rescripsit: „Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest, iudicio locati casum praestare non cogaris atque temporis quod insecutum est mercedes ut indebitas recipierabis.“

²⁶² Das Fragment wird von HAYMANN, SZ 41 (1920), S. 63 ff. und PARIS, La responsabilité de la *custodia* en droit romain (Paris, 1926), 244–249, sowie von M. KONSTANTINOVICH, Le *periculum rei venditae* en droit romain (Lyon, 1923), S. 124, Anm. 3 hinsichtlich mehrerer Teile als das Ergebnis einer Interpolation angesehen. Vgl. LUZZATTO, Caso fortuito, S. 217.

²⁶³ Gemäß HAYMANN, SZ 41 (1920), S. 65 und 159 ist z. B. das Wort *aedificandam* und gemäß CH. APPLETON, Les risques dans la vente et les fausses interpolations, RH 5 (1926), S. 402–406 und anderen ist der Teil *nam et si vendideris . . . cogaris* das Ergebnis einer Interpolation. Vgl. noch I. MOLNÁR, A vállalkozói és munkabérszerződés alanyainak felelőssége és veszélyviselése a római jogban, Acta Iur. et Pol. Univ. Szeged 1974 (Szeged, 1974: Haftung und Gefahrtragung der Subjekte der Werk- und Dienstverträge im römischen Recht), S. 39 in Verbindung mit der Quellenstelle D. 19.2.59.

²⁶⁴ Der Text wird von BESELER, Beiträge zur Kritik, III, S. 47 und 92, P. HUVELIN, Rez. M. KONSTANTINOVITCH, Le *'periculum rei venditae'* en droit romain (Lyon, 1923), RH 3 (1924), S. 322–327, C. ROTONDI, Scritti giuridici, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, E. ALBERTARIO, P. DE FRANCISCI, con prefazione di P. BONFANTE, III (Milano, 1922), S. 127, Anm. 2 und von anderen vom Ausdruck *sin vero* ab bis zum Ende des § für interpoliert gehalten.

²⁶⁵ KASER, SZ 74 (1957), S. 178 ff. stellt aufgrund einer gründlichen Analyse des ganzen Textes fest, daß der Text trotz der Interpolationen dem Wesen nach für original anzusehen sei. G. LONGO, St. Biondi, II, S. 287 ff. bestreitet die Klassizität der im Text enthaltenen Konzeption. Er bemüht sich, die justinianischen Insertionen Schritt für Schritt nachzuweisen.

Eine gepachtete Ziegenherde wird von Räubern überfallen und dem Pächter weggenommen. Kaiser Antoninus zitierend stellt Ulpian fest, daß der Pächter den Pachtzins für die Zeit nach dem Überfall zurückfordern kann. Der Textteil *citra tuam fraudem* muß das Ergebnis einer späteren Interpolation sein²⁶⁶, da er zusammen mit dem Ausdruck *casum praestare non cogeris* keinen Sinn ergibt, weil es um den Zufall geht und nicht um vorsätzliche Schadensverursachung.

Nach Ansicht von Gaius²⁶⁷ ist der Angriff der Räuber ein Tatbestand, der in den Bereich der Gefahrtragung gehört. Werden hingegen Tiere des Pächters geraubt²⁶⁸, fällt dieser *casus* nicht in den Bereich der Gefahrtragung, weil diese im Eigentum des Pächters stehen und sie so nicht zu den Gegenständen des Pachtvertrages gehören²⁶⁹.

Im weiteren gehen wir zum zweiten Fragenkreis, zur Untersuchung der *remissio mercedis* beim Pachtvertrag, über. Als grundlegende Quelle ist das von Ulpian stammende Material unter D. 19.2.15.4 zu untersuchen:

Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.

Ulpian zitiert eine Entscheidung seines Zeitgenossen Papinian. Wegen der Unfruchtbarkeit des Bodens hat der Verpächter den Pächter von der Zahlung des Pachtzinses für das laufende Wirtschaftsjahr unter der Bedingung befreit, daß, wenn der Pächter im nächsten Jahr eine reiche Ernte hat, er verpflichtet ist, auch den erlassenen Pachtzins zu zahlen.

Der grundlegende Unterschied zwischen Zinsgefahrtragung und Zinsnachlaß besteht also darin, daß die Zinsbefreiung immer nur vorläufig und an die Bedingung geknüpft ist, daß der Zins aus der reichen Ernte des folgenden Jahres nachgezahlt werden muß²⁷⁰. Was geschieht aber, wenn die Ernte auch im nächsten Jahr nicht besser ist? Ulpian beantwortet die Frage dahingehend, daß gerecht zu verfahren sei, falls auch das auf ein unfruchtbares Jahr folgende Jahr neuerlich unfruchtbar sein sollte oder mehrere aufeinanderfolgende Jahre es

²⁶⁶ BESELER, Beiträge zur Kritik, II, S. 40ff. und ARANGIO-RUIZ, Responsabilità, S. 145ff.

²⁶⁷ D. 19.2.34: *Gaius libro decimo ad edictum provinciale perinde ac latronum incursum id acciderit.*

²⁶⁸ Der Text der von Kaiser Philippus herrührenden *constitutio* ist wie folgt: *Damnum, quod per adgressuram latronum in possessionibus locatis rei tuae illatum esse proponis, a domina earundem possessionum, quam nullius criminis ream facere te dicis, sarciri nulla ratione desideras* (C. 4.65.12).

²⁶⁹ Vgl. MAYER-MALY, Locatio, S. 168.

²⁷⁰ Vgl. KASER, RPR, I², S. 567.

gewesen waren²⁷¹. Die Frage ist, was unter dem Ausdruck *verius dicitur*, ferner was unter *uberitas* zu verstehen ist. Unseres Erachtens ist der erlassene Zins nur im Falle einer reichen Ernte zu bezahlen – also dann, wenn die Zahlung des Pachtzinses auch für zwei Jahre keine Schwierigkeiten mehr bereitet. Im Falle eines schwachen oder durchschnittlichen Ertrages kann die Bezahlung des nachgelassenen Pachtzinses nicht verlangt werden. Nur durch die richtige Auslegung von *uberitas* kann entschieden werden, was man unter *verius dicitur* verstehen soll. Das gerechte Verfahren muß am Begriff „reicher Ertrag“ orientiert werden. Gerade deshalb wäre es unserer Meinung nach ungerecht, nach einem schlechten Ertrag, dessentwegen der Pächter vom Pachtzins befreit würde, im Falle neuerlich schlechter Ernte den nachgelassenen Pachtzins einzufordern. Es kann natürlich auch Fälle geben – z. B. wenn die Ernte im Vorjahr reich war –, in denen es gerecht erscheint, daß der Pächter auch im unfruchtbaren Jahr Pachtzins bezahle, da er in den Vorjahren ein größeres Einkommen hatte. Dies scheint aber nur im Falle eines Pachtvertrages von dreijähriger oder längerer Dauer möglich zu sein. Bei der Entscheidung des Falles muß immer berücksichtigt werden, daß der nachgelassene Pachtzins nur bei reichem Ertrag nachgefordert werden kann.

Als weitere Fragen ergeben sich, was unter dem Ausdruck *ob sterilitatem* zu verstehen ist, ob totale oder nur teilweise Unfruchtbarkeit, welche Ursachen diese Unfruchtbarkeit habe, ob *vis maior*-Ereignisse berücksichtigt werden können? Ulpian äußert dazu in D. 19.2.15.3 folgendes:

Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: „Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est.“

Wenn ein gepachtetes Grundstück durch Brand vernichtet wird und der Pächter aus diesem Grund um Zinsnachlaß gebeten hat, soll er ihm gewährt werden, wenn er tüchtig arbeitete. Daraus folgt, daß eine *remissio mercedis* auch bei *vis maior*-Schäden in Frage kommen kann. Aus dem ulpianischen Text ergibt sich jedenfalls, daß durch den Brand nicht die ganze Ernte vernichtet wurde, da in diesem Fall der Pächter keine *remissio mercedis* erbeten haben würde, da der Verpächter den Pachtzins dann gar nicht verlangen könnte. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt Kaiser Diocletian in einem Reskript:

Excepto tempore, quo edaci lucustarum pernicie sterilitatis vitium incessit, sequentis temporis fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit, reddi tibi praeses provinciae iubebit (C. 4.65.18).

Bei Zinsbefreiung ist der Pachtzins von der Ernte der folgenden Jahre zu zahlen, ausgenommen, wenn die Ernte von Heuschrecken vernichtet worden

²⁷¹ Nach ALZON, Labeo 12 (1966), S. 317ff. brauchte der Pächter nach schlechter Ernte im Sinne der allgemeinen Regeln den Pachtzins nicht zu bezahlen, weil die Bezahlung aus der guten Ernte der folgenden Jahre dem Verpächter zugute komme. Dieser Standpunkt von ALZON ist sehr beachtenswert und beleuchtet die Frage der *remissio mercedis* von einer ganz anderen Seite.

ist. In diesem Falle handelt es sich natürlich nicht um Zinsnachlaß, sondern um Gefahrtragung. Der Ausdruck *pernicie sterilitatis* läßt auch erkennen, daß der Begriff von *sterilitas* im Falle der *remissio mercedis* keine totale Unfruchtbarkeit bedeutet. Der totale Ernteausfall, z. B. durch eine Heuschreckenplage verursacht, ist mit dem unter D. 19.2.15.2 erwähnten Fall des Starenfraßes identisch, d. h. in solchen Fällen sind die Regeln der Zinsgefahrtragung maßgebend.

Im Grunde genommen wird auch die Unfruchtbarkeit durch *vis maior*-Ereignisse verursacht. Von welchem Umfang muß diese Unfruchtbarkeit sein, damit ein Zinsnachlaß in Betracht kommt? Aufschluß hierüber gibt D. 19.2.15.5:

Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendam rescripto divi Antonini continetur. Item alio rescripto ita continetur: „Novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.“

Unter Berufung auf zwei Reskripte des Kaisers Antoninus entscheidet Ulpian, daß der Pächter, der Zinsnachlaß wegen des geringen Ertrages eines alten Weinberges verlange, im Unrecht sei²⁷². In solchen Fällen handle es sich nicht um Naturereignisse, sondern um andere den Ertrag mindernde Faktoren. Es kann sich hier z. B. um die Folgen ungünstiger Witterung handeln oder auch um dem Pächter nicht erkennbare Fehler, die möglicherweise bei einer nicht den Witterungsverhältnissen angepaßten Pflanzenpflege begangen wurden.

Der zweite Fall ist unproblematisch. Es versteht sich von selbst, daß alte Weinstöcke kleinere Erträge geben und deshalb nichts reklamiert werden kann. Es ist die eigene Schuld des Pächters, wenn er einen solchen Weingarten gepachtet hat. Unter D. 19.2.25.6 erläutert Gaius weitere Aspekte zu dieser Frage:

Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

Unwerterschäden von unerträglichem Ausmaß hat der Pächter nicht zu tragen. Schäden von mittlerer Höhe belasten den Pächter, da er ja übergroße Gewinne auch nicht abzuführen hat. Vom Text des Gaius ausgehend kann festgestellt werden, daß bei der Entscheidung eines konkreten Falles berücksichtigt werden muß, in welchem Maße die Ernte von dem Naturereignis betroffen worden ist²⁷³.

²⁷² Ähnlich MAYER-MALY, Locatio, S. 143.

²⁷³ MAYER-MALY, Locatio, S. 136 führt eine völlig entgegengesetzte Meinung aus. Seinem Standpunkt zufolge gelangen wir zu einer völlig unlogischen Antithese, wenn wir die Gefahrtragung des *locator* aufgrund des quantitativen Kriteriums abgrenzen. Seiner Meinung nach beruhe die Quantifizierung der Gefahrtragungsgrenze offensichtlich auf der Einbeziehung des Gedankens der *remissio mercedis* durch den nachklassischen Überarbeiter.

War das Naturereignis so schwer, daß dadurch selbst der Unterhalt des Pächters gefährdet wurde, da er kaum einen Nutzen vom Grundstück hatte, bestenfalls den Gegenwert der aufgewandten Arbeit, ist dies durch einen vorläufigen Zinsnachlaß zu berücksichtigen. Wenn aber der Nutzen des Pächters durch die Naturunbilden nur geringfügig vermindert worden ist, hat dies der Pächter zu ertragen. Dies ergibt sich übrigens auch aus der Risikoverteilung beim Pachtvertrag. Aus Gaius' Worten ist zu ersehen, daß man hier nach einem gewissen Gleichgewicht strebte. Nach Möglichkeit war die Zufriedenstellung beider Parteien anzustreben²⁷⁴.

Daraus ergibt sich unseres Erachtens für die vertragliche Risikoverteilung bei der Pacht in den Fällen von *vis maior* folgendes dreistufiges Schema:

- a) liegt ein Totalschaden vor, ist also die ganze Ernte vernichtet worden, so gebührt dem Verpächter der Zins nicht;
- b) ist ein Ernteausfall großen Umfangs entstanden, kann der Pächter einen zeitweiligen Zinsnachlaß verlangen.
- c) sind die Schäden kleiner, hat sie der Pächter zu tragen.

Auch wenn wir die Kritik in Betracht ziehen, die eine Veränderung des Textes für möglich hält²⁷⁵, ändert dies nichts an den oben genannten Folgerungen. Wie gesagt, die klassischen und nachklassischen Standpunkte deckten sich. Die Kompilatoren haben den Text mit erläuternden Zusätzen versehen, wodurch aber der ursprüngliche Sinn des Textes nicht verändert wurde.

Von den schon erwähnten Quellen etwas abweichend läßt Kaiser Alexander Severus' *rescriptum* vom Jahre 231 zur Frage der *remissio mercedis* entscheiden:

Licet certis annuis quantitativibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur (C. 4.65.8).

Verursacht ein Gewitter einen Ernteausfall, so belastet dies den Pächter; wenn dieser Schaden aber nicht durch einen hohen Ertrag im nächsten Jahr ersetzt werden kann, hat der Pächter das Recht, nachträglich Zinsnachlaß zu verlangen.

²⁷⁴ BETTI, SZ 82 (1965), S. 20 führt aus, daß die Folgen der sog. gewöhnlichen Fälle den Pächter treffen, was aber darüber hinausgehe, hingegen den Verpächter. Die Gefahrtragung ändert sich deshalb. Es ist wesentlich, daß die Nachteile und Vorteile in ein Gleichgewicht gebracht werden.

²⁷⁵ Nach BESELER, Beiträge zur Kritik, III, S. 202 wurden einige Teile des Textes später gestrichen, gemäß A. GUARNERI CITATI, *Semel commissa poena non evanescit*, BIDR 32 (1922), S. 251, Anm. 1 sei der § 6 vollständig interpoliert. Der Ausdruck „göttliche Kraft“ (θεοῦ βλάν) rühre wahrscheinlich aus der christlichen Periode her (H. PETERS, SZ 32 [1911], S. 376). Nach ALBERTARIO, *Rivista di diritto commerciale* 20 (1922), S. 685 sei der Ausdruck *si plus . . . suffertur* das Ergebnis einer Interpolation. Gemäß COSTA, *La locazione*, S. 22 sei der § vom Wort *apparet* ab bis zum Ende interpoliert. LONGO, *St. Biondi*, II, S. 307 hält den ganzen Text für interpoliert.

Der kaiserliche Erlaß gibt Anlaß zu einigen Verständnisschwierigkeiten. Es wird nicht erklärt, von welcher Höhe der Schaden ist (*damna accidissent*). Wenn dieser sich im Rahmen des Üblichen hält, ist auch die Entscheidung, daß der Pächter den Schaden hat, selbstverständlich. Im folgenden Satz wird aber *sterilitas* erwähnt. Wird darunter die schon im obigen *rescriptum* genannte Unfruchtbarkeit verstanden, oder kommt der Begriff *sterilitas* im Satz nur im Vergleich zu *ubertate* vor? Ferner wird über einen nachträglichen Ausgleich geredet. Dies läßt die *remissio mercedis* als eine kaiserliche Gunst erscheinen²⁷⁶.

Dem widerspricht aber der Text am Anfang des Erlasses, wonach – auch wenn eine entsprechende Klausel nicht im Vertrag enthalten war – im Falle von Gewitterschäden gemäß den örtlichen Traditionen wie oben dargelegt zu verfahren sei²⁷⁷. Dieser Satz bedeutet, daß, wenn die Ernte durch Gewitter vernichtet wird, die örtlichen Gewohnheiten zu berücksichtigen sind, da die verschiedenen Landschaften unterschiedliches Klima haben²⁷⁸.

Der kaiserliche Erlaß ist zwar widersprüchlich und ungenau formuliert; unseres Erachtens nach ist er im wesentlichen so zu verstehen, daß der Pächter im Falle witterungsbedingter Schäden sich gegenüber dem Verpächter Gerechtigkeit verschaffen kann.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die *remissio mercedis* immer dann verlangt werden kann, wenn aufgrund witterungsbedingter *vis maior*-Ereignisse die Ernte vermindert wurde.

²⁷⁶ Im Schrifttum wird allgemein die Ansicht vertreten, daß die *remissio mercedis* als eine kaiserliche Gnade am Ende der klassischen Periode in Übung kam. Dazu MAYER-MALY, *Locatio*, S. 140ff.; KASER, *SZ* 74 (1957), S. 174. Die entgegengesetzte Meinung vertritt ALZON, *Labeo* 12 (1966), S. 316ff., ebenso WATSON, *Roman Law*, S. 110ff., der den Ursprung der *remissio mercedis* bis auf Servius zurückführt. Einen entgegengesetzten Standpunkt nimmt D. MEDICUS ein: In seiner Rezension des Werkes von WATSON (*SZ* 83 [1966], S. 429ff.) bestreitet er, daß *remissio mercedis* auf Servius zurückzuführen sei. In der Frage aber, ob sie als eine kaiserliche Gnade anzusehen sei oder nicht, enthält er sich jeder Stellungnahme. LONGO, *St. Biondi*, II, S. 293 zufolge war der kaiserliche Eingriff in der klassischen Periode notwendig, um die *remissio mercedis* zu sichern. Die Maßnahme von Julius Caesar (Suetonius, *De vita Caesarum* I, 38), mit der dieser in der Zeit des Bürgerkrieges von den Wohnzinsen bis zu einem bestimmten Betrag Befreiung gewährte, kann als eine typische kaiserliche Gnade aufgefaßt werden. Wegen der außerordentlichen Ereignisse wollte er aus politischen Gründen die ärmeren Schichten entlasten. Diese Maßnahmen können aber mit der sich bei der *l.c. rei* allgemein durchsetzenden *remissio mercedis* verglichen werden.

²⁷⁷ Ulpian sagt in D. 50.8.3.2, daß die Parteien für den Fall des aufgrund der Fachgutachten zu erwartenden Produktionsausfalls den Erlaß des Pachtzinses in den Vertrag einbezogen haben. Dies scheint nicht für eine kaiserliche Gnade zu sprechen, sondern dafür, daß dies sich wie die anderen Rechte des *conductor* aus dem auf dem *consensus* der beiden Parteien beruhenden Vertrag ergab.

²⁷⁸ LONGO, *St. Biondi*, II, S. 296ff. hält den Ausdruck *aut mos regionis postulat* für eine kompilatorische Insertion und gelangt nach Eliminierung dieses Ausdruckes zur Ansicht, daß die Anwendung der Norm der *remissio mercedis* rechtlich stärker sei als die lokalen Vertragsgepflogenheiten.

Eine *remissio mercedis* kommt also nicht in Frage, wenn

a) durch eine Naturkatastrophe die ganze Ernte vernichtet worden ist;

b) wenn die Schäden *ex ipsa re oriuntur*;

c) wenn es sich nur um die Ernte vermindernde Gewitter oder um sonstige Schadensursachen handelt, die nicht als *vis maior* bezeichnet werden können, die Ernte aber dennoch vermindern.

Die unter Punkt a) und b) erwähnten Fälle fallen unter den Bereich der Zinsgefahrtragung; in den unter c) eingeordneten Fällen handelt es sich weder um ein Problem der Zinsgefahrtragung noch um Fälle, bei denen eine *remissio mercedis* in Betracht kommt. Diese kleineren Schäden belasten immer den Pächter.

Dagegen steht dem Pächter die *remissio mercedis* nach dem Gesetz zu, wenn die Unfruchtbarkeit infolge der Naturkatastrophe von solchem Ausmaß ist, daß sie der Pächter nicht mehr tragen kann²⁷⁹.

Nach Gaius' Meinung betreffen diese Regeln selbstverständlich nur die Pacht, im Falle der Teilpacht werden der gesamte Nutzen und die Schäden zwischen Pächter und Verpächter geteilt. So ergibt sich weder die Frage der Gefahrtragung noch die der *remissio mercedis*. Die gesamte Ernte wird geteilt, und einen Ernteausfall haben beide Parteien gemeinsam zu tragen.

4. Zusammenfassung

Die Untersuchung der Gefahrtragung bei der *locatio conductio operis* und *operarum* zeigte, daß die Gefahrtragung des *locator* bzw. des *conductor* bei diesen beiden Vertragstypen unterschiedliche Voraussetzungen hat²⁸⁰. Wie wir bereits gesehen haben, handelt es sich in beiden Fällen letzten Endes um die Verrichtung einer Arbeit; trotzdem ist die Regelung völlig verschieden. Wenn jemand seine eigene Arbeitskraft vermietet (*l. c. operarum*), hat er das Risiko der Lohngefahr nur dann zu tragen, wenn es an ihm liegt, daß er die Arbeit nicht verrichten kann. Was außerhalb seines Verantwortungsbereiches liegt, hat der Arbeitgeber zu tragen.

²⁷⁹ Nach BETTI, SZ 82 (1965), S. 19 seien die Tatbestände, bei denen der Pachtzins in Rücksicht auf das ungünstige Jahr vorläufig zu erlassen, aber im nächsten Jahr zu zahlen sei, von der allgemeinen Gefahrtragung scharf zu unterscheiden. Dieser Nachlaß sei auch keine Schenkung.

²⁸⁰ Nach KASER, SZ 74 (1957), S. 197f. belastet den Unternehmer das Risiko der Arbeitsunfälle. Die von außen kommenden, aufgrund von *vis maior* eingetretenen Schäden belasten den *locator*. Bei den Dienstverträgen hingegen könne das Risiko den beide Parteien berührenden Gefahren entsprechend geteilt werden. RÖHLE, SDHI 34 (1968), S. 222 stellt fest, daß hinsichtlich der Gefahrtragung bei den Dienst- und Werkverträgen kein einheitliches Prinzip in Frage komme. Die Ausgestaltung der Regeln wurde von der ungünstigen sozialen Lage der Arbeiter entscheidend beeinflusst. ALZON, Labo 12 (1966), S. 335ff. gelangt in seinen Schlußfolgerungen dahin, daß das im Bereich der *locatio conductio rei* entwickelte Prinzip von den klassischen Juristen auch auf die beiden anderen Fälle der *l. c.* erstreckt worden sei. So setzte sich seines Erachtens hinsichtlich der Gefahrtragung bei allen drei Varianten der *l. c.* ein einheitliches Prinzip durch. Dies sei nichts anderes als die bloße Anwendung der *bona fides* auf die Frage der Risikoverteilung.

Beim Unternehmen Werkvertrag (*l. c. operis*) schließt der Unternehmer einen Vertrag zur Herstellung eines Werkes. So ist es selbstverständlich, daß er die Fehler aus den Umständen der Arbeit zu verantworten hat. Die Schäden aber, die durch unabwendbare Ereignisse von außen her verursacht werden, lasten auf dem Besteller. Da diese in keinerlei Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmers stehen, wäre es unbillig, diese auf ihn abzuwälzen. Die Erfahrungen des praktischen Lebens zeigen, daß die Schäden in Verbindung mit dem Werkvertrag im allgemeinen nicht durch unvermeidbare Naturereignisse entstehen, sondern meistens aus den Umständen der Arbeit, aus den sachlichen Gegebenheiten. Auf diese Weise wird die Verpflichtung der Gefahrtragung des *conductor* in den Vordergrund gestellt.

Bei der *l. c. rei* gilt das Prinzip *periculum locatoris* bei der Wohnungsmiete durchgehend, bei der Pacht dagegen wurde die Gefahrtragung zwischen Pächter und Verpächter verteilt. Falls die Ernte durch äußere, unabwendbare Ereignisse vernichtet wird, gebührt dem Verpächter kein Pachtzins, die Gefahr wird nur von ihm getragen. Stammen die Schäden aus der Sache selbst oder aus den vorgegebenen natürlichen Anbauverhältnissen, hat dieses Risiko der Pächter zu tragen, d. h. er ist verpflichtet, den Pachtzins zu zahlen²⁸¹.

Unter Gefahrtragung wird immer die Zinsgefahrtragung verstanden, die – wie oben gezeigt – immer vom Verpächter zu tragen ist. Diese Gefahr ist zu unterscheiden von anderen Risiken, z. B. dem des Verlusts des Saatguts, die stets der Pächter trägt.

Die *remissio mercedis* kommt ebenfalls bei Schäden aufgrund von *vis maior* vor. Der Pachtzinsnachlaß war nach römischem Recht vorgeschrieben. Er kann nur in dem Falle in Betracht kommen, in dem Naturereignisse einen so umfangreichen Ernteausfall verursacht haben, daß ihn der Pächter nicht tragen konnte. Der Pachtzinsnachlaß galt nur für das laufende Jahr und mußte im Falle einer reichen Ernte im folgenden Jahr nachträglich bezahlt werden, ausgenommen, wenn die Unfruchtbarkeit auf das letzte Pachtjahr fiel.

Die Regeln der Gefahrtragung und des Zinsnachlasses entstanden schon zur Prinzipatszeit und wurden von den späteren Textmodifizierungen nicht berührt.

²⁸¹ Nach BETTI, SZ 82 (1965), S. 18 beruht die Gefahrtragung bei der Pacht auf anderen Grundlagen als bei der Wohnungsmiete. Bei der Pacht seien zwei Varianten möglich. Wird die Benützung durch das konkrete Ereignis ausgeschlossen, so wird die Gefahr vom Verpächter getragen. Gehört hingegen das Ereignis in den Bereich des gewöhnlichen Risikos, womit der Pächter zu rechnen hat, so werde der letztere mit der Gefahrtragung belastet, weil die Quelle der Gefahr in der Sache selber liege und dies im Rahmen des normalen Risikos bleibe. Hätten die klassischen Juristen dies auch nicht so kategorisch niedergelegt, so sei dies doch aus den Quellen zu schließen. Vgl. ferner BETTI, St. De Francisci, I, S. 192. ALZONS Standpunkt (Labeo 12 [1966], S. 313 ff.) zufolge soll aufgrund der übereinstimmenden Texte der 'Digesten' und des 'Codex' der Betrag des Pachtzinses herabgesetzt werden, wenn die Ernte von *vis maior* betroffen wurde.

Auszüge aus Rezensionen

„Die gebotene Fülle ist so groß, daß man schon jetzt ANRW in die Gruppe der wenigen, gar nicht entbehrlichen enzyklopädischen Nachschlagewerke einreihen muß. Die redaktionelle Leistung ist vorzüglich.“

(W. Schmitthenner, Das Historisch-Politische Buch 1973)

„... besteht kein Zweifel, daß die Bände eine imponierende Sammlung wertvoller Beiträge enthalten, und man wird ohne Übertreibung sagen dürfen, daß keiner, der sich an der Erforschung des antiken Rom und seiner Welt beteiligt, an ihnen vorbeigehen kann.“

(P. Frei, Museum Helveticum 1974)

„... ein unentbehrliches Arbeitsinstrument, und das ist in der Tat ein großes Wort.“

(F. Bömer, Gymnasium 1974)

„Man kann diesem monumentalen Werk seine Bewunderung nicht versagen... es dürfte in keiner wissenschaftlichen Bibliothek fehlen.“

(K. Baldinger, Zeitschrift f. Roman. Philologie 1974)

„... ein verlegerisches Großunternehmen, das Respekt und Aufmerksamkeit auch der breiteren Öffentlichkeit verdient.“ „... Leser und Nutzer sind deshalb keineswegs nur Altertumskundler, sondern teils die verschiedensten Fachdisziplinen, teils aber auch, so ist jedenfalls zu wünschen, die Lehrer an Schulen, der interessierte Laie, vielleicht sogar der Politiker...“

(D. Wachsmuth, Die Welt 1972 u. 1978)

„Insgesamt erweist sich das Nebeneinander von exemplarischen Untersuchungen, Problem- und Forschungsberichten mit ihrer kritischen Argumentation als überaus glückliche Lösung im Sinne eines echten internationalen Gemeinschaftswerkes, das ein lebendiges Bild wacher Forschung vermittelt und schon im jetzigen Zustand unerläßliches wissenschaftliches Arbeitsinstrument ist.“

(J. Wiesner, Frankfurter Allgemeine Zeitung 1972)

„Öffentliches Interesse kann dieses Sammelwerk indes deshalb für sich in Anspruch nehmen, weil es in Abhandlungen und Forschungsberichten ein Panorama für jeden entrollt, der sich heute die Frage nach dem Sinn dieser Stunde stellt und dabei nicht sein Genügen daran findet, sich mit der jeweiligen Losung des Tages zu begnügen.“

(P. V., Die Presse 1973)